



HAL
open science

Recherche sur la notion d'extraterritorialité dans le contexte des frontières : cas du Royaume d'Espagne

Francisco Sanchez Rodriguez, Francisco Sánchez Rodríguez

► To cite this version:

Francisco Sanchez Rodriguez, Francisco Sánchez Rodríguez. Recherche sur la notion d'extraterritorialité dans le contexte des frontières : cas du Royaume d'Espagne. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2018. Français. NNT : . tel-02270415

HAL Id: tel-02270415

<https://hal.science/tel-02270415>

Submitted on 27 Aug 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)

Doctorat en droit

Francisco Sánchez Rodríguez

**Recherche sur la notion d'extraterritorialité dans le contexte
des frontières : cas du Royaume d'Espagne.**

Thèse dirigée par M. Jean-Pierre MASSIAS, Professeur des Universités

Soutenue le 17 décembre 2018

Membres du jury :

Mr Iker BARBERO

Professeur à l'Université de Bilbao

Mme. Christine BERTRAND

Maitre de conférences en droit public à l'Université de Clermont Auvergne.

Mme Laurence HARDOUIN

Avocate au barreau près la Cour d'appel de Pau.

M. Jean-Pierre MASSIAS

Professeur à l'UPPA

Résumé :

L'extraterritorialité à l'échelle des frontières espagnoles interroge le champ d'application des normes de protection des droits fondamentaux lorsque les gardes civils espagnols surveillent les frontières depuis les enclaves de Ceuta ou Melilla, et depuis le territoire des pays d'origine et de transit de la corne ouest de l'Afrique. Dès son adhésion à la Convention d'application de l'accord Schengen, le Royaume d'Espagne est devenu un acteur central de la politique d'immigration en Méditerranée en structurant son mode de gestion intégrée de la frontière méridionale autour de la coopération opérationnelle avec les pays tiers. Se pose alors la question de la compatibilité de cette gestion de la frontière avec la règle de non-refoulement et l'interdiction des expulsions collectives, à partir du moment où les réfugiés et demandeurs d'asile potentiels, les mineurs non-accompagnés ou les personnes malades interceptés par la Garde civile à la frontière hispano-marocaine ou dans la Méditerranée, sont immédiatement remis aux autorités du pays tiers sans bénéficier des droits et libertés consacrés dans le droit espagnol. Cette applicabilité des droits est mise en doute lorsque l'Espagne met en oeuvre les politiques européennes relatives aux frontières extérieures pour empêcher les exilés d'entrer sur le territoire espagnol et de partir du pays dans lequel ils se trouvent. Cela revient à mesurer la juridicité du droit des réfugiés et des droits de l'homme dans un contexte de crise humanitaire qui force les exilés à se déplacer pour quitter leur pays et rejoindre l'Espagne par Ceuta, Melilla ou les îles Canaries. Cette thèse sur l'extraterritorialité permet plus largement d'appréhender la fundamentalité du droit de quitter un pays y compris le sien par rapport aux exigences de sécurité et de protection des frontières des États situés aux frontières extérieures de l'UE.

Resumen :

La extraterritorialidad a escala de las fronteras españolas cuestiona el ámbito de aplicación de las normas de protección de los derechos fundamentales cuando los guardias civiles españoles vigilan las fronteras desde los enclaves de Ceuta o Melilla, y desde el territorio de los países de origen o de tránsito del cuerno oeste de África. Desde su adhesión al Convenio de aplicación del acuerdo Schengen, el Reino de España se convirtió en un actor central de la política de inmigración en el Mediterráneo estructurando su modo de gestión integrada de la frontera meridional entorno a la cooperación operacional con los países terceros. Por consiguiente, se plantea la cuestión de la compatibilidad de dicha gestión de la frontera con la regla de no devolución y la prohibición de las expulsiones colectivas, desde el momento en que los refugiados y los solicitantes de asilo potenciales, los menores no acompañados o las personas enfermas interceptados por la Guardia civil en la frontera hispano-marroquí o en el Mediterráneo, sean entregados inmediatamente a las autoridades de un tercer país sin beneficiarse de los derechos y libertades consagrados en derecho español. Se pone en duda dicha aplicabilidad de los derechos cuando España aplica las políticas europeas en materia de fronteras exteriores para impedir la entrada de los exiliados en territorio español y la salida del país en el que se encuentran. Esto significa medir la juridicidad del derecho de los refugiados y de los derechos humanos en un contexto de crisis humanitaria que fuerza a los exiliados a desplazarse para dejar su país y entrar en España por Ceuta, Melilla, o las islas Canarias. Esta tesis sobre la extraterritorialidad permite entender más ampliamente la fundamentalidad del derecho a abandonar un país, incluido el propio, respecto a las exigencias de seguridad y de protección de las fronteras de los Estados situados en las fronteras exteriores de la UE.

Abstract :

Extraterritoriality at the Spanish borders leads to the applicability of the rules of security and protection of human rights being considered when the Spanish Guardia Civil monitors the border from the enclaves of Ceuta and Melilla and from the countries of origin and transit of the Western Horn of Africa. As a signatory of the Convention implementing the Schengen Agreement, the Kingdom of Spain became a lead player in the immigration policy in the Mediterranean Region by organizing, alongside third countries, an integrated method of management of the southern frontier. This management of the borders questions the consistency of the principle of non-refoulement and the scope of prohibition of collective expulsions since potential refugees, asylum seekers, unaccompanied minors or ill persons are being intercepted by Spanish civil guards at the Iberian-Moroccan border and immediately handed over to the authorities of third countries without being able to ask for the rights and freedoms enshrined in Spanish law. The applicability of law is called into question when Spain responds to European requirements for external borders policy by preventing asylum seekers to enter Spanish territory or to leave their country of origin or transit. This leads to map the jurisdiction of refugees law and fundamental rights in a context of humanitarian crisis that triggers asylum seekers to move and leave their country to reach Spain through Ceuta, Melilla or the Canary Islands. This study upon extraterritoriality enables to explore the lawfulness of the right to leave a country, including one's own, regarding the border security and protection policy of the states located at the outer borders of the EU.

L'Université de Pau et des pays de l'Adour n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Quelle joie d'arriver à la page des remerciements ! Après une année et demi d'écriture, je suis heureux de finir sur cette touche de reconnaissances.

C'est à mon directeur de recherches, le Professeur J.-P. MASSIAS, que vont mes premiers remerciements. C'est à lui que je dois tout. J'ai rencontré Mr MASSIAS lorsque j'étais étudiant en Master II à Bayonne. Il m'a fait découvrir la frontière dans le cadre d'un séminaire sur la coopération est/ouest, et d'une étude sur « L'éloge des frontières » de R. DEBRAY. Il m'a accompagné pendant mon stage dans l'ONG CODENAF, durant lequel j'ai travaillé sur la rétention des étrangers pour la première fois. Il m'a également ouvert les portes de l'enseignement du droit constitutionnel et des libertés fondamentales. J'ai aussi eu la chance de l'accompagner à Cuba pour une conférence sur les droits fondamentaux, et à Madrid pour rencontrer les acteurs institutionnels espagnols qui luttent contre l'impunité. J'ai énormément appris à ses côtés. Sa confiance m'est très chère. L'expertise du Professeur I. BARBERO sur le droit espagnol des étrangers, fait que c'est un honneur que celui-ci ait accepté de siéger dans mon jury, et je l'en remercie. J'ai rencontré I. BARBERO lorsque j'étais défenseur des migrants menacés d'expulsion pour la Cimade au centre de rétention administrative d'Hendaye. Nous avons travaillé ensemble sur les accords de Málaga et la réadmission des étrangers à la frontière franco-espagnole. J'ai eu la chance d'intervenir à la faculté de Bilbao pour présenter à ses étudiants la rétention des étrangers en France. Je tiens également à remercier C. BERTRAND, Doyen de l'Ecole de Droit de l'Université Clermont Auvergne, en tant que membre du jury, pour son expertise sur le droit de l'UE, matière qui m'est très chère. Enfin, merci à L. HARDOUIN, avocate au Barreau de Bayonne, qui, grâce à son expertise en matière de défense des droits et libertés des étrangers devant le juge judiciaire, amène le regard critique du praticien sur ce travail. Je la remercie de m'avoir permis d'assister à ses côtés aux audiences étrangers au T.G.I de Bayonne. C'est aussi grâce à L. HARDOUIN que je souhaite devenir avocat au conseil.

Mais cette aventure n'aurait pas été la même si je n'avais pas rencontré le millier de migrants retenus au C.R.A d'Hendaye. Ce sont eux qui m'ont faits découvrir le principe de non-refoulement et le droit de quitter un pays y compris le sien. Je me souviens de ces vendredis après-midi où nous discutons sur le parcours migratoire, le départ forcé, la traversée de la Méditerranée et la vie en Europe. Des moments chaleureux et d'humanité. Une pensée pour eux, à Macka, Julio, Daniel et Puyslas. Je remercie S. DANFLOUS, mon ancienne collègue de la Cimade devenue amie, pour son soutien. Les REP, les référés libertés, les saisines ministères, les articles 13, les mesures provisoires CEDH n'auront, dorénavant, plus aucun secret ! Un grand merci à la CIMADE, mon association avec qui je milite depuis de nombreuses années maintenant. Merci à Hélène, Chantal, Juliette, Pierre, Julie, Mélanie, Nicolas, Maud et tous les autres.

Un grand merci à mes collègues constitutionnalistes et passionnés par les droits fondamentaux: Magalie, Paco, Antton, Olga, Argitxu, Claire, Pauline et Eneritz. Au plaisir de travailler de nouveau avec vous.

Enfin, rien n'aurait été possible sans le soutien inébranlable de ma famille et de mes amiEs. Comment ne pas les remercier : Pierre, John, Vicente, Silver, Peio, Nathalie, William, Kloé, Jean-Paul, Mohammed, Hélène, Alexandra, Françoise, Gaetan, Selvinah et Antoine. Sans vous, tout cela n'aurait tout simplement pas été pareil. Merci pour nos échanges, vos réflexions et surtout vos rires.

Cette longue aventure se termine aujourd'hui. Elle m'aura appris l'exigence, l'humilité, la saveur dans le travail et dans le partage.

“El exiliado mira hacia el pasado, lamiéndose las heridas; el inmigrante mira hacia el futuro, dispuesto a aprovechar las oportunidades a su alcance.”

I. ALLENDE

A mi abuelo *Francisco*, A mi abuela *Isabel*,

À mon père, ma mère, mon frère,

À ma famille,

Mes amiEs.

ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES

AECID	Agence espagnole de coopération internationale et de développement
Aff.	Affaires
AN	Audience Nationale
BEAA / EASO	Bureau européen d'appui en matière d'asile
BOE	Bulletin officiel de l'État espagnol
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CDH	Comité des droits de l'homme
CEAR	Commission espagnole d'aide aux réfugiés
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CE	Constitution espagnole
CEE	Communauté économique européenne
ConvEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice de l'Union européenne
CIMADE	Comité inter-mouvements auprès des évacués
CM	Comité des Ministres du Conseil de l'Europe
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMSM	Conseil des Migrants Subsahariens au Maroc
CNU	Charte des Nations-unies
Coll.	Collection
COM	Communication de la Commission
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture
C.V	Convention de Vienne
DIP	Droit international public
dir.	Sous la direction de
doc.	Document
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
ECLI:EU:C	Recueil numérique de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne
ed.	Editeur(s)
et s.	Et suivants
EUROSUR	Système européen de surveillance des frontières extérieures

de l'Union européenne

FRA	Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne
FRONTEX	Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne
GADEM	Groupe antiraciste d'Accompagnement et de Défense des Etrangers et Mi-grants
G.C.	Grande Chambre
GC	Garde civile
<i>Ibid.</i>	Même endroit
<i>In</i>	Dans
<i>In fine</i>	À la fin
Infra	Plus bas
JAI	Justice et Affaires intérieures
JCP	La Semaine Juridique
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGBTI	Lesbiens, gays, bisexuels, transgenres, Intersexuels
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LO	Loi organique
MAEC	Ministère des affaires étrangères et de la coopération espagnol
MIGREUROP	Observatoire des frontières
MSF	Médecins sans frontières
n°	Numéro
OAR	Bureau de l'asile et du refuge espagnol
ONG	Organisation non-gouvernementale
<i>Op.cit</i>	Cité précédemment
OPI	Ordre public international
p.	Page
§	Paragraphe
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques

PPR	Programme de protection régional
PPU	Procédure préjudicielle d'urgence
RAEC	Régime d'asile européen commun
RDP	Revue de droit public
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDIP	Revue générale de droit international public
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
spéc.	Spécialement
STC	Arrêts du Tribunal constitutionnel espagnol
supra	Plus haut
SWD	Document de travail de la Commission européenne
TC	Tribunal constitutionnel espagnol
TS	Tribunal suprême espagnol
TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne
UN	Nations Unies
UNHCHR	Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
UNHCR/ACNUR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
Vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE 1 - TERRITORIALITÉ ET FRONTIÈRES: UNE FRAGILISATION DES DROITS FONDAMENTAUX

TITRE 1 - L'ASSISE ESPAGNOLE DE LA SÉCURITÉ ET DROITS FONDAMENTAUX À LA FRONTIÈRE HISPANO-MAROCAINE

- Chapitre 1 - La conciliation espagnole de la sécurité et des droits fondamentaux
- Chapitre 2 - La conciliation de la sécurité et des droits fondamentaux en droit international

TITRE 2 - L'ASSISE EUROPÉENNE DE LA SÉCURITÉ ET DES DROITS FONDAMENTAUX

- Chapitre 1 - L'altération progressive de la territorialité du droit par la projection extérieures des frontières espagnoles dans le cadre de l'UE
- Chapitre 2 - L'effacement progressif de la territorialité du droit par la stratégie de délocalisation des frontières espagnoles

PARTIE 2 - EXTRATERRITORIALITÉ ET FRONTIÈRES: UNE MENACE AUX DROITS FONDAMENTAUX

TITRE 1 - L'EXTRATERRITORIALITÉ COMME STRATÉGIE DES POLITIQUES RELATIVES AUX CONTROLES AUX FRONTIÈRES

- Chapitre 1 - Une stratégie contre les droits fondamentaux
- Chapitre 2 - Une stratégie imputable à l'Espagne

TITRE 2 - L'INCOMPATIBILITÉ DE L'EXTRATERRITORIALITÉ AVEC LA RÈGLE DE NON-REFOULEMENT

- Chapitre 1 - Un problème du droit international
- Chapitre 2 - Un enjeu idéologique

Introduction générale



« Une patrouille de la Garde civile en Mauritanie empêche l'arrivée aux Canaries d'un bateau de fortune avec à son bord des migrants »,

ABC Canarias,

13/12/2016¹.

Cette photographie tirée d'un article du quotidien espagnol ABC est un cliché intéressant illustrant une réalité particulière. À première vue, un navire de la Garde civile fait barrage à un bateau de fortune avec une centaine d'exilés à son bord. D'après la légende, la police espagnole intercepterait ces derniers dans les eaux mauritaniennes. Il s'agit d'un déploiement policier hors du territoire espagnol et d'une pratique courante en Méditerranée visant à barrer la route des exilés qui souhaitent rejoindre les Canaries depuis les côtes mauritaniennes.

Aucun mur, aucun contrôle, aucun douanier. Pourtant la frontière est bien là, séparant des exilés en détresse de la puissance policière.

Le navire espagnol escorte le bateau de fortune mais ne fait pas monter à son bord les exilés.

Cela reviendrait en effet à les faire entrer en Espagne et les placer sous sa juridiction. Cela signi-

¹ « *Frontex destaca el papel de España en la lucha contra el crimen transfronterizo* » ABC Las Palmas, 13/12/2016, en ligne sur :http://www.abc.es/espana/canarias/abci-frontex-destaca-papel-espana-lucha-contra-crimen-transfronterizo-201612132152_noticia.html

fié qu'à partir du moment où ils se trouvent à bord du navire de la Garde civile, l'Espagne devra leur reconnaître les droits fondamentaux auxquels elle a souscrit. Elle devra notamment veiller à ne pas exposer les exilés directement ou indirectement à des traitements inhumains et dégradants en les reconduisant en Mauritanie.

Toutefois en pratique, concilier contrôles aux frontières et respect du droit des réfugiés et des droits de l'homme est une tâche ardue pour les États situés aux frontières extérieures de l'UE. L'Espagne, terrain d'investigation, est au premier rang des États concernés par cette problématique.

L'hypothèse sur laquelle se fonde la thèse est celle de l'entrave portée aux droits de l'homme par l'État espagnol lorsque la Garde civile protège les frontières nationales de la migration irrégulière depuis le territoire des pays d'origine et de transit situés sur la côte ouest de l'Afrique occidentale. Cette dimension extraterritoriale des opérations de surveillance des frontières génère un dépérissement progressif de la prééminence des droits de l'homme au profit d'une surélévation des exigences de sécurité à l'échelle des frontières extérieures. Plusieurs raisons nous ont conduits à poser cette hypothèse (I) qu'il a ensuite fallu vérifier (II).

I. Sur le rapport entre la sécurité et les droits fondamentaux

La photographie en première page illustre la correspondance qui existe entre la sécurité des frontières et les droits de l'homme. D'un côté la puissance publique, personnifiée ici par les gardes-frontières espagnols, fait barrage aux exilés pour les empêcher de franchir irrégulièrement la frontière espagnole. Cette intervention est une mission de surveillance des frontières de la Garde civile telle que consacrée dans la loi 2/1986 sur les forces et corps de sécurité de l'État². De l'autre les exilés se trouvent sur un bateau de fortune parce qu'ils ont décidé de fuir. Quant aux motifs de leur départ, ils sont pour l'instant méconnus des gardes civils. Compte tenu du type d'embarcation et du nombre élevé de personnes à bord, on peut identifier une situation de détresse des exilés. La Garde civile devrait se porter aussi vite que possible à leur secours pour leur prêter assistance. Pour y parvenir elle devrait examiner la situation de chacun d'entre eux et s'assurer qu'ils ne seront pas soumis à des persécutions, des violences ou des mauvais traitements en Mauritanie. Ce devoir d'examen tire son fondement du principe de non-refoulement inscrit à l'article 33.1 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951, selon lequel « aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »³.

² Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986, art. 12.1 B) d).

³ UNHCR (Agence des Nations-Unies pour les réfugiés), Texte de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, Texte du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés, Résolution n°2198 (XXI) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, avec une Note Introductive du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Convention relative au statut des réfugiés*, p. 15, art. 33.1.

Par conséquent les gardes civils devraient respecter cette exigence pour empêcher le refoulement des exilés placés sous leur contrôle exclusif et continu⁴.

Cependant la police espagnole sécurise les frontières nationales depuis l'espace maritime mauritanien pour intercepter, et renvoyer les exilés qui ont mis le cap vers l'Espagne. Il s'agit d'expulsions qui sont exécutées de manière sommaire et collective en application d'accords opérationnels conclus entre le ministre de l'Intérieur espagnol et son homologue étranger, ou entre la police espagnole et celle du pays tiers. Ces expulsions sont le fait de l'État espagnol à partir du moment où les exilés se trouvent sous juridiction espagnole⁵ à l'instar de ceux de la photographie en première page.

La stratégie extraterritoriale mise en place par les autorités espagnoles et mauritaniennes est paradoxale puisqu'elle rend possible l'expulsion des exilés sans fondement raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun qui forment le groupe⁶. Cette situation est problématique puisque ce type d'expulsion peut entraîner le refoulement de réfugiés ou de demandeurs d'asile potentiels, de Mauritaniens victimes de persécutions en Mauritanie, d'enfants ou de personnes malades qui craignent d'être exposés directement ou indirectement à des traitements inhumains et dégradants dans leur pays. Pour cette raison le droit international et européen des droits de l'homme

⁴ « Dès l'instant où un État, par le biais de ses agents opérant hors de son territoire, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. », CourEDH, *Hirsi Jamaa c. Italie* [GC], n° 27765/09, 23 février 2012, § 73 *in fine*.

⁵ CourEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, n° 55721/07, §§ 132 et 136; *Medvedyev et autres*, § 67; *Hirsi Jamaa c. Italie*, précité, § 73; *N.D et N.T c. Espagne*, n° 8675/15 et 8697/15, § 54.

⁶ CourEDH, *Khlaifia et autres c. Italie*, n°16483/12, §§ 237 et suivants; *N.D et N.T c. Espagne*, précité, §§ 98 à 101.

interdisent les expulsions collectives d'étrangers⁷, et la loi espagnole proscrie leur expulsion injustifiée⁸.

La police espagnole devrait procéder à l'examen de la situation personnelle des exilés qui se trouvent à bord du bateau de fortune, pour éviter de les exposer à des traitements prohibés. Cet examen devrait avoir lieu avant que la remise ou le débarquement ne soit mis à exécution. En application de la règle de non-refoulement⁹ les exilés sont présumés être des réfugiés jusqu'à preuve du contraire. Ils ne pourraient pas être remis ou débarqués en Mauritanie tant que les motifs et les raisons qui militent contre leur expulsion n'auront pas été portés à la connaissance du ministre de l'Intérieur puis de l'autorité judiciaire en cas de recours contentieux. Faute de quoi il s'agirait d'une expulsion collective¹⁰ constitutive d'un éloignement illégal.

L'expulsion collective est un dispositif à part entière de la stratégie extraterritoriale des frontières, grâce à laquelle les autorités espagnoles sécurisent les frontières du franchissement irrégulier. Elle permet l'endiguement des flux migratoires grâce à la coopération des autorités du pays parte-

⁷ « *Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites.* », Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux déjà figurant dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n° 11, Strasbourg, 16.IX.1963, art. 4; Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), JOUE C 326/391 du 26.10.2012, art. 19.1.

⁸ L'expulsion d'un étranger doit respecter les exigences des articles 57 et 58 de la loi organique 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000).

⁹ Cf. Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951, art. 33.1.

¹⁰ « *Le but de l'article 4 du Protocole n° 4 est d'éviter que les États puissent éloigner un certain nombre d'étrangers sans examiner leur situation personnelle et, par conséquent, sans leur permettre d'exposer leurs arguments s'opposant à la mesure prise par l'autorité compétente (...).* » CourEDH, *N.D et N.T et autres c. Espagne*, précité, § 99, extrait.

naire, pour lutter contre les causes profondes de la migration irrégulière¹¹. En somme l'expulsion collective d'étrangers concourt à la gestion des frontières extérieures de l'UE.

Le recours aux expulsions collectives est la preuve qu'il existe une incompatibilité entre la surveillance extraterritoriale des frontières et les droits de l'homme. Dans la photographie cette incompatibilité ne se perçoit pas puisque les gardes civils n'en sont qu'à l'étape de l'interception. Par contre il suffit d'imaginer ce qu'il adviendra aux exilés, dès leur prise en charge par les gardes civils. Ils seront arrêtés dans leur parcours migratoire puis remis collectivement aux autorités de l'État voisin, sans avoir eu le droit de demander l'asile aux autorités espagnoles notamment pour ceux qui risquent d'être exposés à la torture, à des peines ou des traitements inhumains et dégradants. L'incompatibilité entre la surveillance extraterritoriale des frontières et le droit des réfugiés et des droits de l'homme réside dans cette entrave portée au droit fondamental de quitter n'importe quel pays y compris le sien¹².

Voilà pourquoi la sécurité se structure dans le droit interne espagnol par une distorsion dans la manière de faire vivre les droits de l'homme à l'échelle des frontières extérieures.

Ce sont ces questionnements qui ont guidé la réflexion vers la thématique de la frontière vue sous l'angle de la sécurité (a) et des droits fondamentaux (b).

¹¹ « Parallèlement aux actions lancées en 2015, telles que le processus de La Valette, la Commission a proposé, en juin 2016, une nouvelle approche pour nouer le dialogue avec les pays d'origine et de transit. Cette approche fondée sur un cadre de partenariat aux fins de la coopération dans le domaine de la migration, poursuit le double objectif de lutter contre les causes profondes de la migration irrégulière au moyen de la coopération au développement, tout en encourageant une coopération plus étroite avec les pays tiers sur tous les aspects de la migration, y compris la lutte contre le trafic de migrants et l'acceptation des réadmissions de ressortissants nationaux. », Communication de la Commission au Parlement européen au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, relative à la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration, COM(2017) 558 final, p. 6.

¹² « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. », Protocole n° 4 la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales précité, art. 2.2.

a) La frontière et la sécurité

La frontière est une propriété de l'État qu'il sécurise en y déployant des gardes-frontières chargés de surveiller son franchissement et de contrôler les étrangers qui souhaitent entrer sur le territoire national. Elle prend la forme d'une ligne nette et précise¹³ qui incarne l'autorité et le domaine de validité spatiale des normes de l'ordre juridique de l'État¹⁴. Son passage est conditionné par l'accord explicite du pouvoir central, qu'il formule à travers la délivrance d'un visa¹⁵. En l'absence de ce titre de voyage, la Garde civile pourra refuser l'entrée de l'étranger sur le territoire, sauf pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales¹⁶. Au final l'État est seul décideur des entrées sur son territoire.

La frontière méridionale espagnole est au carrefour de l'Afrique et de l'Union européenne. Elle commence au Maroc avec Ceuta et Melilla, et se prolonge à l'ouest de la Méditerranée avec les îles Canaries¹⁷. À la fois terrestre et maritime elle est une interface sensible depuis qu'elle s'est transformée en une frontière extérieure de l'Union européenne avec la ratification de l'accord d'adhésion

¹³ S. BASTID (agrégée de droit public et de science politique, ancienne juge ad hoc en 1984-1985, dans l'affaire du Plateau continental Tunisie-Libye), « *Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice* », RCADI 1962, tome III, p. 469 ; J.-P. COT (Professeur de droit public et de droit international à l'Université d'Amiens, puis de Paris I, ancien ministre délégué chargé de la Coopération et du Développement dans le Gouvernement de P. MAUROY), « *L'arrêt de la CIJ dans l'affaire du temple de Préah-Vihéar* », AJDI 1962, p. 217.

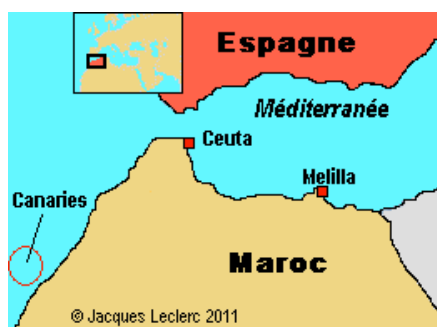
¹⁴ Tribunal arbitral., affaire de la frontière maritime entre le Sénégal et le Guinée Bissau, *RGDIP* 1990, p. 253.

¹⁵ Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JOUE L 77/1 du 23.3.2016, art. 6.

¹⁶ Cf. Règlement (UE) 2016/399, art. 6. 5. c).

¹⁷ J. R. REMACHA (Professeur de droit international public et de relations internationales, Université de Valladolid, Faculté de droit de Burgos), « *La frontera de Ceuta y Melilla* », Anuario de Derecho Internacional, Vol. X (1994), pp. 195-237; J. M. LACLETA MUÑOZ (juriste et spécialiste du droit international public), « *Las fronteras de España en el mar* », Documento de trabajo DT n° 34/2004, de 14 de junio de 2004, Real Instituto Elcano de estudios internacionales y estratégicos, <http://www.realinstitutoelcano.org>; E. ORIHUELA CALATAYUD (Professeure de droit public, Université de Murcia), « *España y la delimitación de sus espacios marinos* », Universidad de Murcia, 1989, p. 172.

à la Convention d'Application de l'Accord Schengen (C.A.A.S)¹⁸ par l'État espagnol. En application du texte communautaire elle est « extérieure pour autant qu'elle n'est pas intérieure »¹⁹, c'est-à-dire commune avec un autre État membre de l'UE. Pour cette raison la frontière méridionale espagnole constitue la limite de l'espace Schengen dans son versant sud avec les États d'Afrique occidentale.



L'espace territorial de l'Espagne à l'ouest de la Méditerranée²⁰.

L'entrée des étrangers en Espagne par les îles Canaries, Ceuta ou Melilla n'est pas proscrite tant qu'elle est régulière, qu'elle a lieu aux points de passage frontaliers et durant les heures d'ouverture fixées par les autorités nationales ²¹. Cela signifie que les exilés pris en photographie en première page seront interdits²² d'entrer en Espagne puisque la traversée en bateau de fortune vise à accéder au territoire espagnol hors des points de passage d'abord, sans les autorisations requises en droit

¹⁸ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991, BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994.

¹⁹ Acquis de Schengen - Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernement des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Journal officiel n° L 239 du 22/09/2000 p. 0019 - 0062, art. premier, extrait.

²⁰ Les deux cartes sont tirées du site de J. LECLERC (Socio-linguiste québécois) « *L'aménagement linguistique dans le monde* ». Elles sont en ligne sur le site: <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/index.html>

²¹ « *Les frontières extérieures ne peuvent en principe être franchies qu'aux points de passage frontaliers et durant les heures d'ouverture fixées (...).* Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, art. 3.1.

²² L'interdiction d'entrée est une sanction instaurée par l'article 26.2 de la loi organique 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne, en application de l'article 3.2 de la C.A.A.S selon lequel « *les Parties Contractantes s'engagent à instaurer des sanctions à l'encontre du franchissement non autorisé des frontières extérieures en dehors des points de passage frontaliers et des heures d'ouverture fixées* ».

espagnol ensuite²³. De ce fait cette situation contrevient aux règles de Schengen et implique la reconduite des exilés pour empêcher le franchissement irrégulier de la frontière espagnole. En d'autres termes, la sécurité des frontières vise à prévenir la migration irrégulière par un agencement du cadre juridique sur deux niveaux, le premier relevant du droit interne (1) et le second de la politique européenne de gestion et de contrôle des frontières²⁴ (2).

1) La sécurité de la frontière méridionale dans le droit espagnol

La frontière est un titre régalien sur lequel le Gouvernement exerce ses prérogatives de puissance publique. Elle est sa propriété ; ce qui lui permet de décider souverainement des règles qui permettront au ministre de l'Intérieur et à la Garde civile de surveiller l'entrée des non-nationaux sur le territoire espagnol²⁵. Ces règles concernent la condition des étrangers d'une part²⁶, la sécurité des frontières d'autre part²⁷.

À la frontière méridionale espagnole le cadre juridique envisage les étrangers comme un méta-phénomène sans différenciation entre le réfugié et le demandeur d'asile potentiels, le mineur non-accompagné ou la personne malade. Par exemple la loi autorise le refoulement de ces étrangers au

²³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000, art. 25.

²⁴ « 1. L'Union développe une politique visant: a) à assurer l'absence de tout contrôle des personnes, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures; b) à assurer le contrôle des personnes et la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures; c) à mettre en place progressivement un système intégré de gestion des frontières extérieures. » Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) Journal officiel n° C 326 du 26/10/2012 p. 0001 - 0390, art. 77.1.

²⁵ « Seront exercées par la Garde civile: (...) la surveillance des voies de communication terrestre, des côtes, des frontières (...) », Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, *de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986, art. 12.1. B) d.), extrait (traduction personnelle).

²⁶ « 1. L'État jouit d'une compétence exclusive dans les matières suivantes: (...) 2.^e la nationalité, l'immigration, l'émigration, la condition des étrangers et le droit d'asile; », Constitution espagnole, précitée, art 149. 2e.

²⁷ « 1. L'État jouit d'une compétence exclusive dans les matières suivantes: (...) 29.^e la sécurité publique, (...) », Constitution espagnole, précitée, art. 149. 29e., extrait.

seul motif qu'ils tentent de franchir irrégulièrement la frontière à Ceuta ou Melilla ²⁸. Ils sont ici présumés irréguliers et non-admis sans que cela soit le fait d'une décision administrative ou juridictionnelle motivée comme le texte le prévoit²⁹. Quant aux raisons qui les ont forcés de quitter leur pays d'origine et/ou le Maroc, elles n'ont aucune incidence sur leur remise aux autorités marocaines. Par conséquent les paramètres légaux qui s'appliquent à la frontière hispano-marocaine impliquent un usage d'exception de la coercition par lequel les exilés sont privés du bénéfice des droits et libertés.

De l'autre côté de la Méditerranée, les étrangers qui souhaitent rejoindre l'Espagne par les îles Canaries sont également perçus comme un méta-phénomène qui se structure cette fois-ci autour d'une autre présomption. En effet ce n'est pas le caractère irrégulier de l'arrivée qui rend impossible le franchissement de la frontière comme cela peut se passer à Ceuta ou Melilla, mais plutôt celui du départ. Les étrangers en partance des États d'Afrique de l'ouest sont aussi réputés irréguliers avant même d'avoir quitté le pays dans lequel ils se trouvent. C'est d'ailleurs cet élément qui permet à la Garde civile d'intervenir au plus près du pays tiers pour prévenir les risques de la migration irrégulière en direction des frontières espagnoles, dans le cadre d'un partenariat opérationnel avec ses homologues de la corne ouest de l'Afrique. Ce procédé préventif implique l'interception d'abord, la remise des exilés aux autorités du pays voisin ensuite, sans vérifier au préalable qu'il n'y ait pas de réfugiés ou de demandeurs d'asile potentiels, de mineurs non-accompagnés ou de personnes ma-

²⁸ « 1. Les étrangers qui tentent de franchir les dispositifs de contention frontaliers pour traverser la frontière de façon irrégulière et dont la présence a été détectée dans les lignes de démarcation territoriale de Ceuta ou de Melilla pourront être refoulés de sorte qu'ils soient empêchés d'entrer illégalement en Espagne. » (traduction reprise sous l'arrêt CEDH, CourEDH, *N.D et N.T et autres c. Espagne*, précité, § 19), Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE núm. 77 de 31 de Marzo de 2015, disposición final primera, Régimen especial de Ceuta y Melilla. Cette disposition se retrouve également dans la loi 4/2000, précitée, disposición adicional décima.

²⁹ Selon l'article 26.2 de la loi organique 4/2000 précitée, l'entrée sera refusée à l'étranger qui ne remplit pas les conditions requises pour entrer en Espagne par décision motivée. Cette décision devra comporter l'information relative aux délais et recours possibles, à son droit à l'assistance juridique et à un interprète. De surcroît l'étranger a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas cette protection puisse lui être refusée en application de l'article 20 de cette même loi.

lades pour lesquels il existe un risque qu'ils soient exposés à des mauvais traitements lorsqu'ils seront pris en charge par les autorités du pays voisin.

La stratégie d'endigement des flux migratoires à la frontière hispano-marocaine suit la même logique que celle développée face aux îles Canaries. Toutes deux visent à dissuader les ressortissants du Maghreb et d'Afrique subsaharienne de franchir la frontière espagnole peu importe les raisons qui les ont poussés à prendre la mer pour demander refuge. En revanche elles ne poursuivent pas le même objectif dans la mesure où la stratégie menée à la frontière hispano-marocaine est axée sur l'entrave à l'entrée à Ceuta et Melilla tandis que celle applicable face aux Canaries est centrée sur l'entrave au départ vers l'Espagne depuis le territoire des pays tiers. La gestion de la frontière méridionale espagnole est alors construite sur deux niveaux et sur la base d'une approche fonctionnelle de la migration forcée. C'est à partir de ce constat que le travail de recherches s'est structuré, pour parvenir à identifier les traits caractéristiques de la sécurité des frontières face au phénomène migratoire en droit espagnol. Quant aux interconnexions avec le droit de l'UE, elles permettent d'en accentuer les effets.

2) La sécurité des frontières dans le droit de l'UE

Les politiques européennes relatives aux frontières intéressent la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures et la mise en place progressive d'un système intégré de gestion des frontières extérieures en application de l'article 77 du TFUE³⁰.

³⁰ « 1. L'Union développe une politique visant: (...) b) à assurer le contrôle des personnes et la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures; c) à mettre en place progressivement un système intégré de gestion des frontières extérieures. », TFUE, précité, art. 77.1. b) et c).

Alors que l'ancien article 67 TCE ne faisait pas mention d'un système intégré de gestion des frontières extérieures³¹, son inclusion dans le TFUE est un changement majeur. En effet, l'apport et le potentiel du système³² sont sans équivoques sur la manière d'envisager la sécurité aux frontières extérieures de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice³³. Par exemple, le contrôle et la surveillance des frontières³⁴, les opérations de recherche et de sauvetage de personnes en détresse en mer³⁵, la coopération entre États membres soutenue et coordonnée par l'Agence³⁶, la coopération inter-services entre les autorités nationales chargées du contrôle aux frontières³⁷, et la coopération

³¹ *Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 67, arrête, dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam: (...) 2) des mesures relatives au franchissement des frontières extérieures des États membres qui fixent: a) les normes et les modalités auxquelles doivent se conformer les États membres pour effectuer les contrôles des personnes aux frontières extérieures; (...)* », Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée Nice), Journal officiel n° C 325 du 24/12/2002 p. 0033 - 0184, Journal officiel n° C 340 du 10/11/1997 p. 0173 - version consolidée, art. 62, extrait.

³² Concernant l'ensemble des éléments qui composent la gestion intégrée des frontières extérieures, se référer à l'article 4 du Règlement (UE) n° 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil, du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JOUE L 251/1 du 16.9.2016.

³³ « 1. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres. 2. Elle assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. Aux fins du présent titre, les apatrides sont assimilés aux ressortissants des pays tiers. », TFUE, précité, art. 67, extrait.

³⁴ « Le contrôle aux frontières, y compris les mesures visant à faciliter le franchissement légal des frontières et, le cas échéant, les mesures liées à la prévention et à la détection de la criminalité transfrontalière, tels que le trafic de migrants, la traite des êtres humains et le terrorisme, ainsi que les mesures liées à l'orientation des personnes qui ont besoin d'une protection internationale ou qui souhaitent présenter une demande en ce sens; », Règlement (UE) n° 2016/1624, précité, art. 4. a).

³⁵ « Les opérations de recherche et de sauvetage de personnes en détresse en mer lancées et menées conformément au Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil et au droit international, ayant lieu dans des situations qui peuvent se produire pendant des opérations de surveillance des frontières en mer; », Règlement (UE) n° 2016/1624, précité, art. 4. b).

³⁶ Règlement (UE) n° 2016/1624, précité, art. 4. d). Sur l'Agence : Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) no 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) no 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JOUE L 251/1 du 16.9.2016.

³⁷ « La coopération inter-services entre les autorités nationales de chaque État membre chargées du contrôle aux frontières ou d'autres missions exécutées aux frontières et entre les institutions, organes et organismes de l'Union compétents; y compris l'échange régulier d'informations au moyen d'outils d'échange d'information existants, tels que le système européen de surveillance des frontières (EUROSUR) établi par le règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil; », Règlement (UE) n° 2016/1624, précité, art. 4. e).

avec les pays d'origine et/ou de transit pour l'immigration illégale³⁸, sont les principales mesures du système intégré en droit de l'UE.

Ainsi la frontière méridionale espagnole est un terrain de diffusion pertinent de cet outil dans la mesure où elle concentre à elle seule un espace fortement étendu. À la fois terrestre et maritime, elle fait face au Maroc et à la corne ouest de l'Afrique occidentale, puis rassemble plusieurs pays partenaires engagés à coopérer avec les autorités espagnoles pour endiguer les flux migratoires en direction de l'UE³⁹. L'appui opérationnel de l'UE est un atout indéniable pour que l'Espagne puisse protéger ses frontières contre les départs et les arrivées d'exilés, compte tenu de la configuration de la frontière espagnole et de l'évolution des flux migratoires en Méditerranée occidentale. À cet égard, la Commission européenne a rappelé que « la route de la Méditerranée occidentale/de l'Atlantique, par exemple, a vu le nombre total d'arrivées en Espagne grimper à plus de 25 500 en 2017, soit près de 105 % de plus qu'au cours de la même période en 2016. La collaboration avec le Maroc et les autres pays concernés situés le long de cette route sera cruciale »⁴⁰.

Le partenariat avec les pays tiers est la réponse trouvée par l'Espagne et les institutions européennes afin de faire face au défi des migrations en Méditerranée. La maîtrise des frontières extérieures implique effectivement la participation des pays émetteurs de migration. Grâce au dialogue renforcé avec les pays d'origine et les pays de transit, les autorités espagnoles et européennes attendent qu'ils puissent « effectuer des contrôles aux frontières, de lutter contre l'immigration clandestine, de

³⁸ « La coopération avec les pays tiers dans les domaines couverts par le présent règlement, plus particulièrement avec les pays voisins et les pays tiers qui ont été identifiés au moyen d'une analyse des risques comme étant des pays d'origine et/ou de transit pour l'immigration illégale; », Règlement (UE) n° 2016/1624, précité, art. 4. f).

³⁹ Il s'agit notamment du Sénégal, du Mali, la Gambie, de la Guinée-Bissau, et du Niger.

⁴⁰ COM(2017) 820 final, « Contribution de la Commission à la réunion des dirigeants sur la voie à suivre concernant les dimensions interne et externe de la politique migratoire », Bruxelles, le 7.12.2017, p. 8. Concernant le déploiement des garde-frontières et des garde-côtes, la Commission fait état de 79 agents en Espagne: *Annexe 3 - Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes*, p. 19.

mieux gérer les flux migratoires »⁴¹. Pour y parvenir la Garde civile participe activement aux missions de contrôle et de surveillance des frontières du pays voisin en intervenant directement dans ses eaux ou sur son territoire, pour accélérer le processus d'endigement des flux de personnes forcées de quitter leur propre pays. D'ailleurs l'accord de partenariat signé entre l'Espagne et le Sénégal⁴² est un exemple particulièrement éclairant de ce processus, dans la mesure où les agents de la Garde civile surveillent les côtes du Sénégal pour dissuader les exilés à la migration par voie maritime. Cette gestion conjointe des flux migratoires entre l'Espagne et le Sénégal doit se poursuivre puisque selon la Commission européenne, d'importants résultats ont été produits depuis la mise en place du cadre de partenariat pour les migrations⁴³. Par conséquent le système intégré de gestion des frontières tel que consacré en droit de l'UE est un atout pour l'Espagne et pour une Europe sûre et sécurisée⁴⁴.

Le renforcement de la sécurité des frontières est une volonté consentie à la fois par l'Espagne et l'UE afin d'assurer sur deux niveaux une vraie fonctionnalité des politiques en matière de contrôle des frontières. Cependant, le lien intrinsèque des politiques aux frontières avec l'objectif de

⁴¹ « Faisant fond sur la stratégie relative à la dimension extérieure de la JAI: (...) la coopération extérieure de l'Union devrait se concentrer sur les domaines où l'action de l'Union apporte une valeur ajoutée, en particulier: les migrations et l'asile, en vue d'accroître le dialogue et la coopération de l'Union avec les pays d'origine et de transit, afin qu'ils soient davantage en mesure d'effectuer des contrôles aux frontières, de lutter contre l'immigration clandestine, de mieux gérer les flux migratoires et d'assurer une protection, ainsi que de tirer profit des retombées positives des migrations pour le développement; le retour et la réadmission constituent une priorité dans les relations extérieures de l'Union (...) », Le programme de Stockholm - Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, 2010/C 115/01, JOUE C 115/1 du 4.5.2010, point 7.3. De nouveaux instruments pour des priorités thématiques inchangées, extrait.

⁴² COM(2017) 471 final, « Cinquième rapport d'avancement relatif au cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'agenda européen en matière de migration », Bruxelles, le 6.9.2017.

⁴³ Commission européenne - Communiqué de presse, État de l'Union 2017 – La Commission présente les futures étapes d'une politique migratoire et d'asile de l'Union plus solide, plus efficace et plus juste, Bruxelles, le 27 septembre 2017, p. 2.

⁴⁴ « En ces temps de changement, et conscients des préoccupations de nos citoyens, nous affirmons notre attachement au programme de Rome, et nous nous engageons à œuvrer à la réalisation des objectifs suivants: 1. Une Europe sûre et sécurisée: une Union où tous les citoyens se sentent en sécurité et peuvent se déplacer librement, dont les frontières extérieures sont sécurisées et qui dispose d'une politique migratoire efficace, responsable, s'inscrivant dans la durée et respectant les normes internationales; une Union déterminée à lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée. », Déclaration des dirigeants de 27 États membres ainsi que du Conseil européen, du Parlement européen et de la Commission européenne, Déclaration de Rome, du 25 mars 2017, SN 35/17, p. 2.

lutte contre la migration illégale est marqueur d'une tendance institutionnelle au sécuritaire, ce qui pose un problème d'appréciation de la migration forcée dans un contexte de crise des réfugiés. En effet qui sont les exilés si ce n'est la majorité des réfugiés et demandeurs d'asile potentiels, des mineurs non-accompagnés et des personnes malades qui arrivent à Ceuta et Melilla ou qui sont interceptés en Méditerranée par la police espagnole aux côtés des autorités des pays d'origine et de transit.

Les migrants irréguliers renvoient aux ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas les conditions d'entrée énoncées à l'article 6 du code frontières Schengen⁴⁵, ou d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence en Espagne⁴⁶. Ils sont les migrants « économiques », ceux qui ont quitté leur territoire pour des motifs autres que le risque de persécutions ou d'exposition à des mauvais traitements. Cependant elle sera écartée de ce travail de recherches puisqu'elle n'est définie dans aucun texte de droit. Elle est donc dépourvue d'objectivité. Par contre la migration irrégulière renvoie aux exilés « sans papiers », et concerne la totalité des exilés interceptés à la frontière hispano-marocaine ou en Méditerranée occidentale, qui sont des réfugiés ou des demandeurs d'asile potentiels, des mineurs non-accompagnés ou des personnes malades. Le caractère irrégulier de la migration ne peut pas à lui seul justifier le débarquement ou la remise de ces personnes aux autorités du pays partenaire, tant qu'une instance espagnole n'a pas statué sur leur cas compte tenu du risque de les exposer à des mauvais traitements dans le pays d'origine ou de transit. Par conséquent les exilés seront réputés être des réfugiés jusqu'à preuve du contraire en application de la règle de non-refoulement telle que définie à l'article 33.1 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés.

⁴⁵ Cf. Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 *concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes* (code frontières Schengen), art. 6.

⁴⁶ Cf. LO 4/2000 de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, arts. 25 et 25 bis.

Cette position nous a permis de mettre en lumière la possible mise en marge des droits fondamentaux lorsque les autorités espagnoles surveillent les frontières en Méditerranée occidentale.

b) La frontière et les droits fondamentaux

L'identification du contexte particulièrement difficile des droits fondamentaux à la frontière méridionale espagnole vise à déterminer les raisons qui conduisent à leur négligence dans un espace qui n'échappe pas à leur prééminence.

Le refoulement des exilés puis les violences policières doivent être étudiés. Ils sont respectivement des manquements à plusieurs égards. D'abord, ils sont la marque d'une violation manifestement grave et illégale au droit international des réfugiés et des droits de l'homme par les autorités nationales, et nous conduisent à qualifier de permissif le dispositif de sécurité des frontières mis en place par les autorités espagnoles. La place des droits fondamentaux a donc immédiatement attiré notre attention. Comment ces comportements ont-ils pu en effet perdurer dans un État doté d'une Constitution qui protège les droits fondamentaux et qui a consenti au respect absolu de l'interdiction de la torture, des peines et des traitements inhumains ou dégradants? Ces agissements ne sont-ils pas le signe d'un État dépassé par le phénomène des migrations? L'UE n'a-t-elle pas un rôle à jouer pour faire cesser ces violations ? N'est-elle pas co-responsable?

Le défaut de protection des droits fondamentaux à la frontière nous est apparu comme une cause significative de la dysharmonie juridique qui s'est institutionnalisée à la frontière espagnole, et dont l'UE devrait légitimement se saisir puisque le respect des droits fondamentaux constitue une valeur de l'organisation⁴⁷.

Avant de vérifier que la violation des droits fondamentaux à la frontière soit une réalité, il importe de nous approprier cette notion de droit fondamental en droit constitutionnel (1), afin de rechercher en quoi le droit supranational pourrait être une assise solide quant à leur sauvegarde (2).

⁴⁷ « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. », TUE, précité, art. 2, extrait.

1. Sur la notion de droit fondamental en droit constitutionnel

Selon LOCHAK, les droits fondamentaux « ne sont, on le sait, jamais neutres, et il est difficile de faire abstraction des symboles et des connotations qui leur sont attachés »⁴⁸. Il conviendra d'apporter certains éclaircissements à ce sujet car comment comprendre la portée d'un droit, si au préalable, rien n'a été dit sur sa fundamentalité. Avant d'entrer dans l'explication terminologique et doctrinale, reprenons la photographie introductive et essayons de comprendre ce qui peut être, ou ne pas être fondamental.

Premièrement, les exilés sont titulaires de droits naturels c'est-à-dire des « droits fondamentaux » qui sont inhérents « à l'homme en tant qu'il est homme »⁴⁹, qui précèdent toute organisation quelle qu'elle soit à l'instar de l'État, et dont l'existence n'est pas conditionnée à leur normativisation dans le système espagnol⁵⁰. L'État ne doit ni leur infliger la mort, ni les exposer à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants⁵¹. Ainsi, la Garde civile devra leur assurer un débarquement qui n'entraînera pas des conséquences irréversibles sur leur personne. Deuxièmement, dès leur prise en charge par la police espagnole, les exilés peuvent demander la protection internationale afin d'ex-

⁴⁸ D. LOCHAK (professeure émérite de droit public à l'Université Paris Ouest - Nanterre La Défense et militante associative de la défense des droits de l'homme), « *Les droits de l'homme* », Paris, Editions La Découverte, collection Repères, 2002, p. 6.

⁴⁹ F. GOGUEL (Docteur en droit et diplômé de l'École libre des sciences politiques, ancien membre du Conseil constitutionnel nommé en 1971 par G. POMPIDOU), « *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux* », Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, Aix-Marseille, Economica, 1982, p. 236.

⁵⁰ V. CHAMPEIL-DESPLATS (Professeure de droit public à l'Université de Paris Ouest Nanterre la Défense Directrice du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux - CREDOF), « *L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations? Quelles conséquences?* », Les Cahiers français : documents d'actualité, La Documentation Française, 2010, pp.19-23. <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/catalogue/3303330403549/index.shtml>>. <hal-01665106>;

⁵¹ « *Le contentieux de l'article 3 de la Convention, qui prohibe de manière absolue la torture et les traitements inhumains ou dégradants constitue un élément essentiel de promotion du principe de dignité* », J-M LARRALDE (Professeur de droit public à l'Université de Caen Basse-Normandie C.R.D.F.E.D.), « *Placement sous écrou et dignité de la personne* », Séance inaugurale du séminaire de recherche « Enfermements, Justice et Libertés » Université Paris I Panthéon - Sorbonne, 15 septembre 2009, p.1.

pliquer les motifs de persécutions⁵² qui militent contre leur débarquement en Mauritanie. Son accès est essentiel pour éviter qu'ils ne soient refoulés sur les frontières des territoires où leur vie ou leur liberté seraient menacées en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un certain groupe social ou de leurs opinions politiques⁵³. Une entrave qui serait portée au droit d'asile entraînerait effectivement une remise en cause du principe de l'inaliénabilité de la dignité humaine dans la mesure où il est une garantie contre le refoulement. C'est pourquoi le droit d'asile est un droit fondamental qui tient sa supranationalité de la Convention de Genève, et sa substance du droit à la vie et de l'interdiction de la torture, des peines et des traitements inhumains ou dégradants.

Autrement dit, les droits fondamentaux sont une limite à la gestion opérationnelle des frontières ; ce qui implique la reconnaissance effective de leur fondamentalité axiologique dans le droit interne, par la mise en place de mécanismes qui concourent à leur sauvegarde et à leur opposabilité.

En droit interne, la Constitution consacre la dignité de la personne⁵⁴, le droit à la vie et l'interdiction de la torture, des peines ou des traitements inhumains ou dégradants⁵⁵. Ce sont des droits constitutionnels qui tiennent leur fondamentalité de leur inscription formelle dans la norme su-

⁵² Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, précitée, art. premier.

⁵³ « *Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.* », Convention de Genève relative au statut des réfugiés, précitée, art. 33.1.

⁵⁴ « *1. La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale. 2. Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne.* », Constitution espagnole, précitée, art. 10.

⁵⁵ « *Tous ont droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, sans qu'en aucun cas ils puissent être soumis à la torture ni à des peines ou à des traitements inhumains ou dégradants.* », Constitution espagnole, précitée, art. 15.

prême, mettant ainsi un point d'honneur à leur primauté dans la hiérarchie normative sans possibilité d'abaissement du niveau de garantie⁵⁶.

En ce qui concerne le droit d'asile, l'article 13.4 CE dispose que « la loi établira les termes selon lesquels les citoyens d'autres pays et les apatrides pourront jouir du droit d'asile en Espagne ». Le droit d'asile n'est pas un droit constitutionnel autonome puisqu'il tient sa fundamentalité de la loi et non de la Constitution, et que sa supranationalité revêt un caractère subsidiaire au profit d'une approche légicentrée de sa fundamentalité. Il n'est pas un droit fondamental au sens de la Constitution mais conserve sa supranationalité originelle tiré du droit international des réfugiés et des droits de l'homme, puisque la hiérarchie formelle n'implique pas la déchéance de la hiérarchie substantielle. Tout dépend en effet des mécanismes de protection des droits fondamentaux prévus par le constituant. À cet égard, l'article 53.2 CE dispose que "tout citoyen pourra demander la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre deux devant les tribunaux ordinaires par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire et, le cas échéant, par le recours individuel de amparo devant le Tribunal Constitutionnel »⁵⁷.

L'amparo judiciaire est ouvert aux personnes qui font état d'une violation tirée de l'article 15 CE, à l'exception des articles 10.1 CE sur les droits de la personne et 13.4 CE sur le droit d'asile ; ces derniers étant exclus de la section première du chapitre deux de la Constitution. Cela signifie qu'un exilé qui a été refoulé sans avoir pu demander l'asile ne pourra pas saisir le juge de l'amparo judiciaire contre la violation du droit d'asile et du principe de non-refoulement, alors que cette violation constitue une atteinte grave à l'article 15 CE. Compte tenu de cette circonstance le système consti-

⁵⁶ « Un droit peut également être fondamental dans un sens formel. La fundamentalité est liée à la position du droit considéré dans la hiérarchie des normes d'un ordre juridique. Les droits fondamentaux sont situés aux plus hauts degrés de l'ordre (normes constitutionnelles ou internationales) et bénéficient de mécanismes spéciaux de garanties : majorité qualifiée pour les modifier ou les supprimer, voire impossibilité de les abolir, recours spécifiques (procédure d'urgence, amparo), interdiction d'abaisser leur niveau de garantie. L'appréciation de la fundamentalité s'épuise ici dans les normes formelles et elle est relative à chaque ordre juridique. », V. CHAMPEIL-DESPLATS, précitée, « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations? Quelles conséquences? », article précité, p. 2.

⁵⁷ Constitution espagnole, art. 53.2, extrait.

tutionnel de protection espagnol des droits de l'homme n'est pas conforme à l'objectif poursuivi par la Convention de Genève et les autres traités pertinents en matière de protection des droits de l'homme. Partant c'est bien le système constitutionnel et son approche restrictive des droits fondamentaux qui favorise le refoulement injustifié et collectif des exilés.

Troisièmement cela pose un problème sérieux du point de vue de la reconnaissance des droits fondamentaux dans le droit supranational puisqu'ils constituent à la fois une valeur de l'UE⁵⁸, et une assise de la justice et de la paix au sein du Conseil de l'Europe⁵⁹. Il conviendra de s'attarder sur la coexistence de ces deux référentiels juridiques ainsi que sur leurs effets sur la gestion opérationnelle des frontières.

2. Sur la protection européenne des droits fondamentaux

L'appréhension des difficultés en matière de sécurité des frontières enjoint à questionner le droit de l'UE et de la ConvEDH pour cerner au mieux le droit à la vie, l'interdiction de la torture et autres mauvais traitements, le principe de non-refoulement puis le droit d'asile. En tant qu'État membre de l'UE et partie à la ConvEDH, l'Espagne devrait garantir aux droits fondamentaux l'effectivité requise par les traités, prévenir les atteintes graves et illégales aux droits dans le cadre des opérations de contrôle, puis remédier aux violations lorsqu'elle en a connaissance.

Pourquoi donc les exilés qui franchissent la frontière ou qui sont sur le point de quitter le pays qu'il fuient, sont-ils immédiatement remis au Maroc ou à la Mauritanie?

Dans la situation décrite dans la photographie du journal ABC il serait attendu que la Garde civile fasse monter à son bord les exilés pour évaluer les risques encourus pour chacun d'entre eux au dé-

⁵⁸ Cf. TUE, art. 2.

⁵⁹ Cf. ConvEDH, Préambule.

barquement en Mauritanie. Si les agents considèrent qu'il existe un risque réel qu'ils soient soumis à un traitement prohibé, un débarquement aux îles Canaries s'impose. Il paraît difficile d'y croire. L'hypothèse posée est donc la suivante: confronté à une crise des réfugiés, l'État développe des mécanismes de sécurisation renforcée de ses frontières pour endiguer les départs et les flux d'exilés vers les Canaries et la métropole. Cela permet d'empêcher les arrivées et ce, au détriment des droits fondamentaux reconnus à tous ceux qui sont obligés de quitter leur pays puis forcés de se déplacer. Pourtant, lorsque les autorités espagnoles surveillent les frontières extérieures depuis les enclaves de Ceuta et Melilla, en haute mer, ou depuis le territoire des pays d'origine et/ou de transit, « le domaine de validité spatiale »⁶⁰ des instruments nationaux et régionaux de protection des droits fondamentaux est toujours actif, ce qui signifie que les agents de la Garde civile doivent contrôler les frontières en respectant les dispositions du droit des réfugiés, des obligations liées à l'accès à la protection internationale en particulier le principe de non-refoulement, puis la ConvEDH à travers son article 3 lequel prohibe en des termes absolus la torture, les peines ou les traitements inhumains ou dégradants⁶¹.

L'identification de ces difficultés soulève la question de la reconnaissance des droits fondamentaux là où l'Espagne opère par l'intermédiaire de ses agents. Cette problématique se structure autour du principe de l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (CDFUE) d'une part, du principe de juridiction de la ConvEDH d'autre part. En pratique, il y a applicabilité de la CDFUE uniquement lorsque l'État met oeuvre le droit de l'UE en matière de frontières⁶², et reconnaissance

⁶⁰ Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 relative à la frontière maritime entre le Sénégal et la Guinée-Bissau, *RGDIP*, 1990, p. 253.

⁶¹ ConvEDH, précitée, art. 3, précité.

⁶² « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités. », Charte des droits fondamentaux de l'UE, 2012/C 326/02, JOUE C 326/391 du 26.10.2012, art. 51.1.

des droits et libertés définis au titre I de la ConvEDH seulement si les exilés relèvent de la juridiction espagnole⁶³.

L'Europe - à travers l'UE et le Conseil de l'Europe - joue un rôle central vis-à-vis de la protection des exilés qui arrivent aux frontières. Elle pourrait être un contre-pouvoir particulièrement efficace pour ménager la souveraineté marquée des États qui se trouvent aux frontières extérieures de l'UE si elle contrôlait l'exécution des politiques relatives aux contrôles aux frontières de manière effective. Dès lors, le défi est celui de parvenir à proposer des outils juridiques sur la base des jurisprudences européennes rendues à ce jour en matière de frontières, pour remédier au refoulement des réfugiés et des demandeurs d'asile potentiels, des mineurs non-accompagnés et des personnes malades au Maroc ou en Mauritanie.

Pour cela le défaut d'effectivité des droit fondamentaux doit être démontré sous le prisme de leur territorialité lorsque l'Espagne opère aux frontières extérieures.

⁶³ « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.* », ConvEDH, précitée, art. 1.

II. La dilution du domaine de validité spatiale des droits fondamentaux dans le contexte des frontières

L'examen du champ spatial des normes prouvera le défaut d'application des droits fondamentaux aux frontières extérieures. L'existence du refoulement en Méditerranée illustre l'absence de reconnaissance des droits et libertés des exilés à la frontière. L'obligation de respecter les droits de l'homme est une prescription faite à l'Espagne au titre de l'article premier de la ConvEDH selon lequel « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». Pourtant l'État espagnol ne s'y soumet pas.

L'analyse de ce manquement sous l'angle de la juridiction permettra de vérifier l'hypothèse initiale posée sous le prisme de la territorialité (a), préalable nécessaire pour centrer le champ de la réflexion sur l'extraterritorialité (b).

a) Territorialité et droits fondamentaux

L'analyse du principe de territorialité permet de comprendre pourquoi le respect des droits fondamentaux pose problème à l'échelle des frontières extérieures.

Au prisme de la sémantique, LEBON considère qu'« au cœur de la territorialité se trouve le territoire, de sorte qu'une première définition superficielle recouvrirait finalement 'tout ce qui relève du territoire' »⁶⁴. La territorialité procède de l'État étant entendu qu'État et territoire « sont étroitement liés et représentent ensemble l'élément fondateur de la société internationale »⁶⁵.

Ce titre de compétence⁶⁶ exercé par l'État signifie qu'il est le seul à pouvoir exercer une véritable autorité sur toutes les situations de fait et de droit qui se déroulent sur son propre territoire. C'est par le territoire que la puissance étatique fonde son domaine d'exercice du pouvoir d'une part, l'applicabilité de son droit d'autre part. Il est le domaine de compétence spatiale de validité de l'ordre juridique de l'État⁶⁷, c'est-à-dire « l'espace dans lequel doit se situer le lieu caractéristique de l'élément dont dépend l'application de la norme matériellement territoriale »⁶⁸.

En d'autres termes, la territorialité est le territoire d'application de la norme⁶⁹.

⁶⁴ L. LEBON (Maitre de conférences en droit public, Université de Lorraine), « *La territorialité et l'Union européenne Approches de droit public* », thèse soutenue le 5 juillet 2013, sous la direction de O. DUBOS et de D. SIMON, publiée aux Éditions Bruylant, p. 3.

⁶⁵ M. FLORY (Professeur à la Faculté de droit de Lille, puis à l'Université Paris XII Saint-Maur) « *Le couple État-territoire en droit international contemporain* », *L'international sans territoire, Cultures & Conflit* 21-22 (printemps-été 1996), p. 251 et s.

⁶⁶ P. MAYER (Professeur émérite de l'Université de Paris I, Panthéon – Sorbonne), « *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence* », *RCDIP* 1979, p. 1 et s. ; p. 349 et s.

⁶⁷ H. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », (trad. Ch. EISENMANN), Paris, Dalloz, 1962; J. BARBERIS (Professeur de droit à l'Université Austral de Buenos Aires, Argentine), « *Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international.* », in *Annuaire français de droit international*, volume 45, 1999. pp. 132-147. M-G. KOHEN, « *Possession contestée et souveraineté territoriale* », *Graduate Institute Publications*, 1 sept. 2014, p. 21.

⁶⁸ J. GROUX, « *'Territorialité' et droit communautaire* », *RTDE*, janvier-mars 1987, pp. 5-33.

⁶⁹ S. KARAGIANNIS (Professeur des Universités, président de la section de droit public de la Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, Université de Strasbourg), « *Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'Homme : 'Vaetera et Nova'* », *RTDH*, 2005, n° 61, p. 33 et s.

La relation entre territorialité et droits fondamentaux n'est pas fortuite puisqu'il existe une territorialité des droits fondamentaux. L'explication du principe (1) permettra de constater les distorsions du champ spatial d'application des droits fondamentaux aux frontières extérieures (2).

1. Le principe de territorialité

Traiter de la délimitation spatiale des instruments de protection des droits fondamentaux revient à questionner leur universalité, à savoir l'idée que « partout est perçue cette exigence fondamentale que quelque chose est due à l'être humain parce qu'il est un être humain »⁷⁰. Pourtant, leur non-respect persiste ce qui remet en cause cette exigence fondamentale telle que visée par SUDRE. Dans les textes l'universalité des droits fondamentaux ne fait aucun doute. Dans les faits il existe des obstacles à leur universalisation⁷¹.

La territorialité renvoie à l'applicabilité du droit là où l'État exerce ces prérogatives, ce qui assure aux personnes relevant de son autorité et de sa responsabilité le bénéfice des droits fondamentaux sur son territoire ou à l'étranger⁷². Principalement territoriale⁷³ le champ d'application de la Convention s'étend sur tout l'espace du Conseil de l'Europe⁷⁴ et protège « toute personne se

⁷⁰ F. SUDRE (professeur agrégé des facultés de droit, est directeur de l'Institut de droit européen des droits de l'homme), *Droit européen et international des droits de l'Homme, Droit fondamental*, Classiques, Paris, PUF, 11ème édition, 2012, n° 22; Dans le même sens: L. LEBON, précitée, thèse sur « *La territorialité et l'Union européenne Approches de droit public* », précitée, § 443.

⁷¹ D. LOCHAK, « *Les droits de l'homme* », V. L'universalisation des droits de l'homme La Découverte, « Repères », 2009, 128 pages. ISBN : 9782707158024. URL : <https://www.cairn.info/les-droits-de-l-homme--9782707158024.htm>

⁷² Comm. EDH, 26 mai 1975, *Chypre c. Turquie*, Req. 6780/74 et 6950/75, § 8.

⁷³ « *En ce qui concerne le 'sens ordinaire' des termes pertinents figurant dans l'article 1 de la Convention, la Cour considère que, du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale* », CEDH, Gde Ch., 12 décembre 2011, *Banković et autres c/ Belgique et seize autres États parties*, Req. n° 52207/99, § 59 ; *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 132.

⁷⁴ CourEDH, *Assanidzé c. Géorgie* [GC], n° 71503/01, § 139.

trouvant sur le territoire des États signataires, même à celles qui ne sauraient être considérées comme y résidant au sens juridique du mot »⁷⁵. Ces personnes bénéficient du droit à réparation en cas de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention⁷⁶.

Le juge européen a condamné l'Italie et l'Espagne dans deux affaires de refoulement qui ont fait jurisprudence. Ces arrêts sont deux références incontournables du travail de recherche sur la territorialité du droit dans des affaires d'expulsions aux frontières extérieures. Dans l'affaire *Hirsi Jamaa*, l'Italie a été condamnée pour avoir expulsé des exilés sans vérifier qu'ils n'encouraient aucun danger en Libye⁷⁷. Il s'agit d'une violation des articles 4 du Protocole n°4, 3 et 13 de la Convention compte tenu des risques encourus en Libye. Les exilés ont obtenu la condamnation de l'Italie parce qu'ils étaient placés sous le contrôle exclusif et continu des forces italiennes⁷⁸.

Dans l'affaire *N.D. et N.T.*, le Gouvernement a considéré que les remises de migrants aux forces marocaines depuis l'enclave de Melilla ne sont pas des expulsions collectives au sens de l'article 4 du Protocole n°4 au motif qu'ils ne se trouvaient pas sur le territoire national⁷⁹. Les exilés ont obtenu la condamnation de l'Espagne parce qu'ils étaient aussi placés sous le contrôle exclusif et continu des

⁷⁵ § 19 de la décision *Bankovic*.

⁷⁶ *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 311; *Hirsi Jamaa*, précité, § 70; *N.D et N.T c. Espagne*, précité, § 49.

⁷⁷ Selon le Gouvernement italien, « l'obligation de sauver la vie humaine en haute mer telle que prescrite par la Convention de Montego Bay n'entraîne pas en soi la création d'un lien entre l'État et les personnes concernées qui pourrait établir la juridiction de celui-ci », arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, précité, § 65.

⁷⁸ « Dès lors qu'il y a contrôle sur autrui, il s'agit dans ces cas d'un contrôle de jure exercé par l'État en question sur les individus concernés (...), c'est-à-dire d'un contrôle effectif des autorités de cet État, que celles-ci soient à l'intérieur du territoire de l'État ou sur ses frontières terrestres. », § 54 de l'arrêt *N.D et N.T c. Espagne*, précité; « la Cour remarque que dans la présente affaire les faits se sont entièrement déroulés à bord de navires des forces armées italiennes, dont l'équipage était composé exclusivement de militaires nationaux. De l'avis de la Cour, à partir du moment où ils sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant de jure que de facto, des autorités italiennes. Aucune spéculation concernant la nature et le but de l'intervention des navires italiens en haute mer ne saurait conduire la Cour à une autre conclusion. », arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, précité, § 81.

⁷⁹ Selon le Gouvernement espagnol, « la requête repose sur des faits qui se sont produits hors de la juridiction de l'Espagne au motif que les requérants n'auraient pas réussi à aller au-delà du dispositif de protection du poste-frontière de Melilla (paragraphe 17 ci-dessus) et qu'ils n'auraient donc pas pénétré sur le territoire espagnol. Il estime par conséquent que les forces de l'ordre ne pouvaient qu'empêcher les requérants de pénétrer sur le territoire espagnol et que, dès lors, les intéressés ne relevaient pas de la juridiction de l'Espagne au titre de l'article 4 du Protocole no 4 à la Convention. », arrêt *N.D et N.T c. Espagne*, précité, § 44.

gardes civils. La protection des droits fondamentaux dépend donc du lien continu et ininterrompu qui existe entre l'État et les personnes placées sous son autorité. La territorialité se structure autour de l'individu d'une part, du contrôle exercé par l'État sur ce dernier d'autre part.

Les droits fondamentaux constituent une valeur⁸⁰ de l'UE et sont consacrés dans la CDFUE. La Charte a la même valeur juridique que les traités⁸¹, ce qui lui assure une autorité concrète et non illusoire. En revanche les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire ne lient l'Espagne que lorsqu'elle met en œuvre le droit de l'UE⁸². Ainsi ces règles s'appliquent aux opérations de surveillance des frontières extérieures⁸³ menées par la Garde civile en Méditerranée, à la surveillance des frontières maritimes extérieures coordonnée par l'Agence⁸⁴, et aux opérations qui relèvent du code frontières Schengen⁸⁵.

Le droit espagnol combine le principe de territorialité avec la fonction juridictionnelle. Selon l'article 161 CE le Tribunal constitutionnel « étend sa juridiction sur tout le territoire

⁸⁰ « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. », TUE, précité, art. 2.

⁸¹ « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. », TUE, précité, art. 6 §1.; « Il convient également de relever que l'article 6, paragraphe 1, TUE énonce que la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a la même valeur juridique que les traités. », CJUE, Gde Ch., 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG.*, Aff. C-555/07, Rec. p. 365, point 22.

⁸² CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, 60/84 et 61/84, Rec. p. 2605, point 26; 30 septembre 1987, *Demirel*, 12/86, Rec. p. 3719, point 28; 24 mars 1994, *Bostock*, C-2/92, Rec. p. I-955, point 16; 13 avril 2000, *Kjell Karlsson e.a.*, aff. C-292/97, Rec. p. 2737, point 37.; « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités. », CDFUE, précitée, art. 51.

⁸³ TFUE, précité, art. 77, précité.

⁸⁴ Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JOUE L 189/93 du 27.6.2014.

⁸⁵ Règlement (UE) n°2016/399 du 9 mars 2016, précité.

national »⁸⁶ en ouvrant le recours à la procédure de l'amparo constitutionnel aux personnes se trouvant en Espagne, en cas de violation des droits fondamentaux énumérés à l'article 53 § 2 CE. Selon le constituant, l'approche territoriale du champ d'applicabilité des droits fondamentaux constitutionnels est liée à la fonction juridictionnelle du TC. Quand au juge ordinaire sa juridiction « s'étend sur toutes les personnes, sur toutes les matières et sur tout le territoire espagnol, dans les conditions prévues dans la Constitution et les lois »⁸⁷. Il est lui aussi chargé de garantir le respect des droits fondamentaux⁸⁸.

Le droit d'asile en Espagne est un droit qui relève de la loi ordinaire et non de la Constitution. Cela signifie qu'un exilé privé du droit de demander l'asile à cause de son refoulement à la frontière ne pourra pas contester cette violation du droit des réfugiés par la voie de l'amparo judiciaire. Le droit d'asile échappe au constitutionnel parce qu'il n'est pas un droit amparable au sens de l'article 53.1 de la Constitution. Cela signifie que la fondamentale du droit d'asile est détachée de sa supranationalité et que la juridiction espagnole ne s'étend pas à « toutes les personnes », puisqu'elle ne prend pas en compte celles qui sont refoulées par les gardes-frontières. Compte tenu de cette circonstance, l'applicabilité des droits fondamentaux est conditionnée dans le droit national à la valeur attribuée dans la hiérarchie normative.

⁸⁶ « 1. Le Tribunal constitutionnel exerce sa juridiction sur tout le territoire espagnol et il est compétent pour connaître: (...) b) du recours individuel de amparo pour violation des droits et des libertés énumérés à l'article 53, paragraphe 2, de la Constitution, dans les cas et sous les formes établis par la loi », Constitution espagnole, précitée, art. 161 ; Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, BOE núm. 239, de 05/10/1979, art.1.2 ; Sala Primera. Auto 106/1996, de 29 de abril, Recurso de amparo 184-1995; Sección Segunda. Auto 432/1985, de 3 de julio, Recurso de amparo 13-1985; Sección Segunda. Auto 790/1984, de 19 de diciembre, Recurso de amparo 687-1984.

⁸⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 02/07/1985, art. 4 (traduction personnelle).

⁸⁸ « L'ordre juridictionnel du contentieux administratif connaitra les questions soulevées concernant: a) La protection juridictionnelle des droits fondamentaux (...). », Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, précitée, art. 2. a), extrait (traduction personnelle).

2. L'évaluation du champ spatial d'application des droits fondamentaux dans le contexte des frontières espagnoles

L'apport et le potentiel du principe de territorialité sont incertains en matière de contrôle et de surveillance des frontières extérieures. Le premier facteur est lié à l'incohérence des termes employés par le législateur dans la loi 4/2015 sur la sécurité citoyenne⁸⁹ et aux conséquences négatives sur la portée du principe de territorialité dans le contexte des frontières. Il ressort en effet de la première disposition finale de la loi que :

« 1. Les étrangers qui tentent de franchir les dispositifs de contention frontaliers pour traverser la frontière de façon irrégulière et dont la présence a été détectée dans les lignes de démarcation territoriale de Ceuta ou de Melilla pourront être refoulés de sorte qu'ils soient empêchés d'entrer illégalement en Espagne.

2. Dans tous les cas, le refoulement aura lieu dans le respect de la réglementation internationale en matière de droits de l'homme et de protection internationale que l'Espagne a reconnue.

3. Les demandes de protection internationale seront présentées dans les lieux prévus à cet effet aux postes-frontières ; la procédure sera conforme aux normes établies en matière de protection.

internationale⁹⁰. » D'abord, le premier point traite des étrangers interceptés « dans les lignes de démarcations territoriales de Ceuta et Melilla », suite à leur franchissement illégal de la frontière. Les exilés se trouvent en Espagne et placés sous la juridiction de l'État mais seront malgré tout refoulés « de sorte qu'ils soient empêchés d'entrer illégalement en Espagne ». Cette disposition légalise le refoulement au Maroc des exilés qui ont franchi irrégulièrement la frontière, y compris de ceux pour lesquels il existerait un risque d'être soumis à des traitements prohibés dans ce même État.

⁸⁹ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana*, précitée, disposición final primera, *Régimen especial de Ceuta y Melilla*, précitée.

⁹⁰ Traduction tirée de l'arrêt CourEDH *N.D et N.T c. Espagne*, précité, § 19.

L'expulsion a lieu immédiatement après l'interpellation dans la ligne de démarcation territoriale de Ceuta ou Melilla sans qu'aucune décision ne soit rendue conformément à la procédure prévue par la loi⁹¹. Les exilés sont donc privés du droit de demander l'asile.

Le deuxième facteur réside dans la compatibilité de cette disposition légale avec « la réglementation internationale en matière de droits de l'homme et de protection internationale », dont le principe de non-refoulement et l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants. Un exilé immédiatement expulsé est privé du droit de demander l'asile et de se voir reconnaître la qualité de réfugié⁹², alors qu'« une personne ne devient pas réfugié parce qu'elle est reconnue comme telle, mais elle est reconnue comme telle parce qu'elle est réfugié »⁹³. La loi 4/2015 permet le refoulement des réfugiés et demandeurs d'asile potentiels ; ce qui revient à adopter une ligne de conduite contraire à celle visée par le HCNUR⁹⁴ en entravant le champ d'application du droit international des réfugiés et des droits de l'homme.

Le troisième facteur réside dans l'accessibilité au territoire pour demander la protection internationale aux postes-frontières puisqu'en légalisant le refoulement, le législateur entend refuser aux exilés l'accès au territoire. En l'absence de procédure juste et efficace à la frontière en matière de protection, la première disposition finale de la loi 4/2015 constitue une entrave manifeste à l'institution

⁹¹ Cf. LO 4/2000 précitée, art. 57 et 58.

⁹² « *Le principe de non-refoulement est tout particulièrement pertinent pour les demandeurs d'asile. Du fait que ces personnes peuvent être des réfugiés, le principe établi par le droit international des réfugiés est qu'elles ne devraient pas être refoulées ou expulsées tant que la détermination finale de leur statut est pendante.* », UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), « *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967* », 26 January 2007, § 6 in fine.

⁹³ « *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* », HCR/1P/4/FRE/REV.1, UNHCR 1979 Réédité, Genève, janvier 1992, § 28.

⁹⁴ « *Lorsque les États ne sont pas disposés à accorder l'asile aux personnes qui recherchent une protection internationale sur leur territoire, ils doivent adopter une ligne de conduite qui ne résulte pas en un renvoi, direct ou indirect, de ceux-ci vers un endroit où leur vie ou leur liberté serait en danger du fait de leur race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou opinion politique.* », UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Avis consultatif précité, § 8.

de l'asile en Espagne tel que protégé dans la loi 12/2009⁹⁵, et à l'objectif poursuivi par la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés⁹⁶.

Le quatrième facteur est lié aux effets de la loi sur le champ spatial des droits fondamentaux de la CDFUE dans le contexte précis de la frontière espagnole. Il s'agit d'une mise en oeuvre de l'article 13 du Règlement relatif au Code frontières Schengen puisque la surveillance de la frontière hispano-marocaine a pour objet d'empêcher le franchissement non autorisé de la frontière et de prendre des mesures à l'encontre des personnes ayant franchi illégalement la frontière⁹⁷. Ces opérations doivent être menées dans le plein respect des dispositions pertinentes de la Charte dont le respect du principe de non-refoulement et du droit d'asile⁹⁸. L'Espagne crée un précédent en prévoyant un système opérationnel de contrôle des frontières visant à interdire l'entrée des exilés venus d'Afrique subsaharienne par un effacement de la territorialité du droit d'asile et de la protection en cas d'éloignement⁹⁹.

L'absence de territorialité des droits fondamentaux est ce qui génère des pratiques illégales à la frontière espagnole. Les expulsions 'à chaud' et collectives d'étrangers sont en effet la conséquence d'un dépérissement de l'accès aux droits à la frontière. Cette fragilisation du champ d'application du droit à l'échelle des opérations de surveillance des frontières extérieures, est contraire à la prééminence du droit, « notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention »¹⁰⁰.

⁹⁵ En effet, le régime spécial de la loi 4/2015 sur la sécurité citoyenne est une entrave à l'application du système de protection en matière d'asile en Espagne tel que prescrit dans la loi 12/2009 sur le droit d'asile et la protection subsidiaire précitée (art. 21, précité).

⁹⁶ HCR, Conclusion n°82 (XLVIII), «*Sur la sauvegarde de l'asile*» (1997), § (d)(iii).

⁹⁷ « *La surveillance des frontières a pour objet principal d'empêcher le franchissement non autorisé de la frontière, de lutter contre la criminalité transfrontalière et de prendre des mesures à l'encontre des personnes ayant franchi illégalement la frontière.* », Règlement (UE) n° 2016/399 précité, relatif au code frontières Schengen, art. 13.1, extrait.

⁹⁸ Règlement (UE) n° 2016/399 précité, relatif au code frontières Schengen, art. 4, précité, extrait.

⁹⁹ « *Les expulsions collectives sont interdites. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.* » CDFUE, précitée, art. 19.1 et 2.

¹⁰⁰ CourEDH, 3^e Sect. 8 juin 2006, *Lupsa c. Roumanie*, Req. n° 10337/04, § 34.

Des solutions devront être proposées pour remédier aux difficultés relatives à l'applicabilité des droits fondamentaux aux frontières espagnoles notamment celles concernant le principe de non-refoulement et du droit d'asile; l'objectif étant de responsabiliser le Gouvernement espagnol et les institutions de l'UE à ce sujet. Les frontières extérieures doivent être sécurisées contre la criminalité transnationale mais pas au détriment du respect des droits de l'homme, y compris lorsque le Gouvernement déploie la Garde civile au plus près des frontières des pays partenaires qu'ils soient d'origine et/ou de transit, engagés dans cette politique globale de lutte contre la migration illégale¹⁰¹.

¹⁰¹ « *Malgré les avancées décrites plus haut, le Rapporteur spécial regrette que, dans le contexte de la politique de l'Union européenne, les migrations irrégulières restent largement considérées comme un problème de sécurité auquel il doit être mis fin. Cette conception est en totale contradiction avec la démarche consistant à définir le migrant comme un individu qui détient les mêmes droits que les autres personnes.* », F. CRÉPEAUX (ancien Rapporteur spécial des Nations unies sur les droits de l'homme des migrants), « *Etude régionale : la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne et ses incidences sur les droits de l'homme des migrants* », 2013, A/HRC/23/46, p. 10.

b) Extraterritorialité et droits fondamentaux

Examiner l'intervention des forces de police espagnoles à la frontière des pays d'origine et/ou de transit revient à s'interroger sur la politique extérieure de l'UE en matière de frontières. Cette politique a eu ses premiers échos dans le Programme de la Haye¹⁰² à travers la dimension extérieure de l'asile et de l'immigration¹⁰³ par le partenariat avec les pays d'origine et de transit¹⁰⁴, puis dans le Programme de Stockholm notamment¹⁰⁵. Cette nouvelle initiative était à la fois source de sécurité pour l'ELSJ, et d'interrogations quant au respect des droits de l'homme car comment protéger les exilés si la Garde civile et/ou l'Agence les empêchent de quitter le pays dans lequel ils se trouvent. Cette question appelle deux observations.

La première concerne le champ d'application des droits fondamentaux dans le cadre d'une opération de terrain qui se déroule sur le territoire du pays partenaire d'origine et/ou de transit à l'instar de celle décrite dans la photographie du journal ABC. C'est la question de l'application extraterritoriale des droits fondamentaux par le prisme de la juridiction.

¹⁰² Conseil européen de Bruxelles, 4-5 novembre 2004, conclusions de la Présidence, annexe I, doc. n. 14292/1/04 REV 1 – Programme de la Haye: *renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne*, JO C 53, du 3.3.2005, pp. 1-14.

¹⁰³ « *L'asile et l'immigration sont, par nature, des questions internationales. La politique de l'UE devrait viser à soutenir, dans le cadre d'un véritable partenariat et en recourant, le cas échéant, aux fonds communautaires existants, les efforts déployés par les pays tiers pour améliorer leur capacité à gérer les migrations et à protéger les réfugiés, pour prévenir et combattre l'immigration clandestine, pour informer sur les voies légales de migration, pour régler la situation des réfugiés en leur offrant un meilleur accès à des solutions durables, pour renforcer les moyens de surveillance des frontières, pour améliorer la sécurité des documents et pour s'attaquer au problème du retour.* », Programme de la Haye, précité, point 1.6.1 (extraits).

¹⁰⁴ « *En ce qui concerne les pays de transit, le Conseil européen souligne qu'il faut intensifier la coopération et le renforcement des capacités aux frontières méridionales et orientales de l'UE, afin de permettre auxdits pays de mieux gérer les migrations et d'offrir une protection adéquate aux réfugiés. Les pays qui font preuve d'une réelle volonté de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés se verront offrir une aide visant à renforcer les capacités de leur régime national d'asile et les contrôles aux frontières ainsi qu'une plus vaste coopération en matière de migration.* », Programme de la Haye, précité, point 1.6.3 (extraits).

¹⁰⁵ Sur la genèse de la dimension extérieure de l'UE en matière migratoire, Cf. thèse de F. TOSO « *La dimension extérieure de la politique migratoire de l'UE* », 27 mai 2013, pp. 14-49.

La deuxième vise le champ d'application des droits fondamentaux à des situations relevant de la juridiction de l'Espagne produisant des effets sur le territoire du pays tiers. Cela revient à étudier les risques d'exposition des exilés à la torture ou à des mauvais traitements lorsqu'ils se trouvent en Mauritanie ou au Maroc après leur refoulement par les gardes civils. Il s'agit de l'effet extraterritorial des droits fondamentaux¹⁰⁶.

L'extraterritorialité est donc un système qui participe à la sécurité des frontières espagnoles (1), mais qui n'est pas sans influence sur le régime de responsabilité de l'État espagnol par rapport au respect des droits de l'homme (2).

1. Extraterritorialité et sécurité des frontières

L'extraterritorialité intéresse les situations dans lesquelles l'Espagne exerce ses compétences régaliennes en dehors de son territoire pour lutter contre le franchissement non-autorisé des frontières. Elle couvre les opérations menées par la police espagnole dans le cadre du partenariat avec les autorités du pays tiers, comme celui qui autorise la Garde civile à user de ses pouvoirs de surveillance et de contrôle dans les eaux territoriales et dans la zone contiguë mauritanienne pour endiguer l'immigration illégale en direction des îles Canaries¹⁰⁷.

¹⁰⁶ J. SALMON (Professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles, ancien Conseiller juridique adjoint à l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés de Palestine UNRWA) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant / Agence universitaire de la Francophonie, Bruxelles, 2001, p. 491.

¹⁰⁷ Le mémorandum qui permet à aux gardes civils d'intervenir dans l'espace territorial mauritanien n'a pas été publié au bulletin officiel de l'État espagnol. Sur sa signature, consulter le lien suivant: <http://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/4848.html>; « *La Guardia Civil patrouillera aussi en Mauritanie avec la Gendarmerie pour combattre l'immigration illégale.* », article du journal ABC du 29/03/2014, en ligne sur: <https://www.abc.es/espana/20140329/abci-guardia-civil-patrullara-tambien-201403282046.html>

Le choix de l'extraterritorialité permet à l'Espagne d'intervenir là où la pression migratoire est la plus forte, c'est-à-dire au plus près des pays d'origine et/ou de transit pour l'immigration illégale¹⁰⁸. Elle inclue la coopération des pays tiers y compris ceux qui sont l'opresseur pour un certain nombre d'exilés.

L'extraterritorialité n'est pas l'antonyme de la territorialité, mais plutôt son prolongement par le prisme de la juridiction et non par celui du territoire. Autrement dit, c'est le titre de compétence de l'État qui fonde la territorialité du droit par l'intermédiaire des forces de police qui opèrent à l'étranger, et du contrôle qui sera exercé sur les exilés.

Le contrôle sera « de jure » lorsque les exilés se trouvent à bord du navire de la Garde civile puisque « tout État exerce effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon »¹⁰⁹. Il sera « de facto » eu égard à la nature et la portée des actions accomplies par les agents espagnols. Il peut être continu et ininterrompu y compris lorsqu'il est exercé à bord d'un navire étranger. Par exemple l'exercice de la juridiction de l'Espagne est confirmé lorsque les gardes civils exercent un contrôle exclusif et continu sur les exilés y compris à bord d'un bateau de la gendarmerie mauritanienne. D'ailleurs dès l'instant où l'Espagne, par le biais de la Garde civile opérant hors de son territoire, exerce son contrôle et son autorité sur les exilés, et par voie de conséquence sa juridiction, pèse sur l'État espagnol en vertu de l'article 1 de la ConvEDH, une obligation de leur reconnaître les droits et libertés définis au titre I de la Convention¹¹⁰. Le droit à la vie, l'interdiction des expulsions collectives, de la torture ainsi

¹⁰⁸ « La gestion européenne intégrée des frontières se compose des éléments suivants: (...) la coopération avec les pays tiers dans les domaines couverts par le présent règlement, plus particulièrement avec les pays voisins et les pays tiers qui ont été identifiés au moyen d'une analyse des risques comme étant des pays d'origine et/ou de transit pour l'immigration illégale; », Règlement (UE) 2016/1624, précité, art. 4. f), extrait.

¹⁰⁹ Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, 16 novembre 1994, n° 31363, art. 94.1.

¹¹⁰ CourEDH, affaire *Hirsi Jamaa*, précitée, § 73 *in fine*.

que des traitements inhumains et dégradants sont une limitation caractérisée à la coopération entre l'Espagne et les pays tiers en matière de frontières.

Il conviendra alors de déterminer et de s'appropriier les situations d'extraterritorialité couvertes par la politique partenariale de l'Espagne dans le cadre de l'UE avec les pays tiers. L'analyse de l'entremêlement des politiques partenariales sera essentielle pour vérifier si la responsabilité de l'Espagne, lorsqu'elle renvoie collectivement les exilés pour lutter contre la migration irrégulière, est engagée pour fait internationalement illicite.

2. *Extraterritorialité et respect des droits de l'homme*

La gestion extraterritoriale des frontières empêche les exilés de quitter le pays dans lequel ils se trouvent pour trouver refuge. Elle se structure autour des expulsions collectives et injustifiées d'étrangers au seul motif qu'ils quittent un pays d'origine et/ou de transit pour l'immigration illégale¹¹¹ et forme « un vide dans la protection [des] droits et libertés au sein de l'espace juridique de la Convention »¹¹².

Elle est une mise en cause du principe de non-refoulement et de l'interdiction des expulsions collectives qui s'analyse d'une part en une violation de l'article 3¹¹³ ConvEDH, de l'article 4 du Protocole n°4 ConvEDH¹¹⁴ d'autre part. Il convient de déterminer le régime de responsabilité de l'État espagnol lorsque les agents de la Garde civile surveillent et contrôlent les frontières depuis le territoire de ces pays tiers.

¹¹¹ Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016, précité, art. 4. f)

¹¹² CourEDH, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, req. n°25781/94, § 78.

¹¹³ ConvEDH, précitée, art. 3, précité.

¹¹⁴ Protocole n°4 à la ConvEDH, art. 4, précité.

La responsabilité de l'État est engagée « lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu [d'une] obligation internationale, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci »¹¹⁵. En ce qui concerne la gestion extraterritoriale des frontières par la Garde civile, les remises ou débarquements d'exilés constituent une violation du principe de non-refoulement et de l'interdiction des expulsions collectives imputables à l'Espagne, parce qu'elles ont été « commise[s] à l'endroit d'individus placés sous sa juridiction »¹¹⁶. Les jurisprudences *Hirsi Jamaa* et *N.D et N.T* de la CourEDH seront essentielles pour comprendre la position du juge européen sur l'exercice extraterritorial de sa juridiction par l'État espagnol et quels sont les risques d'exposition à des mauvais traitements dans ce type d'opérations policières. Ces éléments seront analysés en tenant compte des rapports officiels publiés par diverses organisations internationales et non-gouvernementales relatifs aux risques notoires de persécution des exilés au Maroc, en Mauritanie, au Mali et au Niger. L'appréciation de la situation dans ces pays permettra d'engager la responsabilité de l'Espagne pour fait internationalement illicite.

Il sera nécessaire de présenter le profil de vulnérabilité des exilés qui souhaitent rejoindre les côtes espagnoles et examiner les conséquences de leurs renvois immédiats et collectifs à l'aune de l'article 3 ConvEDH pour envisager la responsabilité de l'État espagnol. L'exilé étant, dans ce travail de recherches, une personne forcée de se déplacer puis obliger de quitter son propre pays. Il vise le réfugié et le demandeur d'asile potentiels, le mineur non-accompagné et la personne malade.

La démonstration entreprise est la seule à ce jour qui s'intéresse à la spatialité des droits fondamentaux dans le contexte des frontières d'un État membre de l'UE. Cela reflète son caractère original et novateur dans un contexte de crise de réfugiés. Elle a pour objectif d'apporter des solu-

¹¹⁵ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session, art. 12.

¹¹⁶ CourEDH, 8 juillet 2004, *Ilascu et autres. c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, § 311.

tions pragmatiques et réalistes pour le respect des droits de l'homme aux frontières, là où leur applicabilité est souvent remise en cause.

Cette réflexion pourrait aider à un meilleur paramétrage des droits fondamentaux dans les politiques relatives aux contrôles aux frontières tant au niveau national qu'europpéen. Elle pourrait également servir d'appui juridique aux défenseurs des droits de l'homme qui militent contre le refoulement des exilés par les États situés aux frontières extérieures en Espagne, en Italie, ou en Grèce. Enfin elle permettra d'évaluer la prééminence du droit par le prisme des droits fondamentaux.

L'analyse des principes de territorialité (Partie 1) et d'extraterritorialité (Partie 2) contribuera à indexer les responsabilités étatiques face aux droits de l'homme.

Première partie : Territorialité et frontières : une fragilisation des droits fondamentaux

Deuxième partie: Extraterritorialité et frontières: une menace aux droits fondamentaux

Première partie:

**TERRITORIALITÉ ET FRONTIÈRES:
UNE FRAGILISATION DES DROITS FONDAMENTAUX**

L'État espagnol rencontre des difficultés à garantir les droits fondamentaux à la frontière méridionale. Il est effectivement difficile d'arriver à une protection concrète, effective et non illusoire¹¹⁷ des droits contre le risque d'arbitraire de la part des autorités nationales¹¹⁸.

En tant que « méta règle essentielle »¹¹⁹ du système de protection de la ConvEDH, la sauvegarde des droits fondamentaux incombe au pouvoir étatique en application de l'article 9.2 de la Constitution espagnole selon lequel « les pouvoirs publics sont tenus de promouvoir les conditions nécessaires pour que la liberté et l'égalité de l'individu et des groupes auxquels il s'intègre soient réelles et effectives, de supprimer les obstacles qui empêchent ou entravent leur plein épanouissement »¹²⁰. Cette consécration constitutionnelle de la liberté et de l'égalité est la clé de voute du système de droit en Espagne parce qu'elle conditionne l'action de l'État à l'exigence de réalité et d'effectivité.

Les droits et libertés des étrangers sont consacrés par le législateur en application de l'article 13 de la Constitution. Ils jouissent des libertés publiques¹²¹ et du droit d'asile¹²² depuis l'adhésion de l'Espagne à la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés et son Protocole de New-York de 1967. Les libertés et le droit d'asile relèvent du pouvoir législatif mais leur effectivité repose sur les choix stratégiques du Gouvernement en matière migratoire. Le Ministre de l'intérieur peut effectivement décider de restreindre les droits ouverts aux étrangers s'il existe des motifs d'ordre intérieur qui donnent raison à cette limitation des droits reconnus aux étran-

¹¹⁷ CourEDH, *Airey c. Irlande*, Requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, §24 ; *Affaire linguistique belge*, affaire n° 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 et 2126/64, 23 juillet 1968, §3 in fine et §4.

¹¹⁸ *Affaire du Droit d'asile* arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 284, la Cour considère l'arbitraire comme se substituant « au règne de la loi ».

¹¹⁹ F. OST « *Originalité des méthodes d'interprétation de la C.E.D.H* », in M. Delmas-Marty, *Raisonnement la raison d'État*, PUF, 1989, p. 445.

¹²⁰ Constitution espagnole, précitée, article 9.2, extrait.

¹²¹ Cf. Constitution espagnole, précitée, art. 13.1.

¹²² Cf. Constitution espagnole, précitée, art. 13.4.

gers. La lutte contre la migration illégale est un de ces motifs qui entraînent la perte des droits aux frontières sud du territoire.

Les pouvoirs publics espagnols surprennent dans la manière d'exécuter le droit international des droits de l'homme et des réfugiés à l'échelle des frontières puisque le droit national contrevient aux droits des exilés pour les empêcher de franchir la frontière méridionale espagnole (Titre 1).

Cette pratique n'est pas exclusive à l'État espagnol dès lors que la gestion des frontières relève aussi de l'UE¹²³, et qu'il existe des règles communautaires exclusivement destinées à au contrôle des personnes puis à la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures¹²⁴. À cet égard les règles communautaires autorise l'Espagne à délocaliser les contrôles au plus près des pays tiers de sorte à empêcher les départs d'exilés vers les îles Canaries ou Ceuta et Melilla . Les conséquences de cette approche fonctionnelle des frontières n'ont jamais été mesurées (Titre 2).

¹²³ TUE, précité, art. 2.2.

¹²⁴ TFUE, précité, art. 77, point 1. b) et c).

Titre 1

L'assise espagnole de la sécurité et des droits fondamentaux

La menace de la migration irrégulière a monopolisé le discours des dirigeants espagnols depuis l'affaire 'El Ejido'¹²⁵, point de structure du changement sociologique de l'Espagne¹²⁶. Elle entraîna un renforcement de la contrainte et impacta l'approche globale des frontières et des migrations depuis que Aznar, ancien Président du Gouvernement¹²⁷, associa l'immigration à la criminalité. Ce binôme plaça le Gouvernement et le législateur dans une logique de modification récurrente de la loi, selon les circonstances en matière de gestion de la migration.

L'immigration est un défi gouvernemental, qui monopolise l'intégralité des pouvoirs publics, en devenant « la pierre angulaire de la vie en commun »¹²⁸. Il revient alors à la Garde civile d'exercer une autorité singulière sur le contrôle des flux migratoires pour répondre à l'exigence de sécurité,

¹²⁵ « Samedi 5 février, El Ejido, gros bourg andalou qui doit sa prospérité aux cultures maraîchères et à la main-d'oeuvre maghrébine, s'enflamme: pour un meurtre, commis par un déséquilibré marocain, une communauté s'est dressée contre une autre, à la honte de l'Espagne tolérante », F. MUSSEAU, « Grand angle - Retour sur les émeutes racistes d'El Ejido. Les chiens andalous », 17 février 2001, Libération ; Concernant l'impact sociologique et politique de l'affaire 'El Ejido', voir l'étude de F. CHECA et C. FERNÁNDEZ CONCHA, « El Ejido: la ciudad-cortijo : claves socioeconómicas del conflicto étnico », Icarai Antrazyt, n°166, Avril 2001.

¹²⁶ « Aznar situó el origen del binomio inmigración-criminalidad en el "cambio sociológico" que ha convertido a España en un país "más atractivo para la delincuencia". Además, el crecimiento económico ha dado a los delincuentes "más posibilidades para actuar". Para luchar contra la delincuencia, el líder del Partido Popular recordó la reciente reforma de la ley de enjuiciamiento criminal que ataca a los reincidentes, y los juicios rápidos. Desde hace cuatro años, según Aznar, hay un 65% más de inmigrantes, que en otro momento de su discurso cifró en más de dos millones. Este aumento a una "velocidad vertiginosa" hace necesaria una "adaptación continua" de la legislación. Además, España "tiene una capacidad de acogida limitada", afirmación que el presidente explicó como si se tratara de una habitación en la que no cabe más gente », M. JANSÁ Madrid, « Aznar justifica la reforma al ligar inmigración y delito », El Periódico Mediterráneo, 21 mai 2003, extraits.

¹²⁷ J.M AZNAR LÓPEZ, Ancien Président du Gouvernement espagnol, VIIème Législature (du 5 avril 2000 au 2 avril 2004); Real Decreto 555/2000, de 26 de abril, por el que se nombra Presidente del Gobierno a Don José María Aznar López, BOE núm. 101, de 27 de abril de 2000.

¹²⁸ T. BÁRBULO, « Los 'irregulares' de Aznar », *El País*, 31 janvier 2004 (traduction personnelle).

en respectant le droit d'asile et son corollaire le principe de non-refoulement¹²⁹. Cette conciliation de la sécurité et des droits fondamentaux est remise en cause par l'imperméabilisation des frontières et le caractère subsidiaire des obligations de protection des réfugiés (Chapitre 1).

La frontière espagnole est une interface sous contrôle exclusif de l'État mais incluse dans l'ELSJ¹³⁰ et qui nécessite une présence policière plus importante compte tenu de la pression migratoire qui s'exerce au sud de l'Espagne. Les politiques européennes relatives aux contrôles aux frontières contribue d'ailleurs à ce que le Gouvernement espagnol régule la pression migratoire de manière à empêcher l'entrée des personnes en situation irrégulière au niveau de la porte sud-ouest de la Méditerranée¹³¹. Les autorités sont alors rassurées dans leur démarche de sécurisation des frontières en disposant d'un cadre européen qui stimule leur verrouillage. Cependant l'incidence d'une approche fonctionnelle de la frontière n'est pas sans influence sur la territorialité des droits reconnus aux exilés (Chapitre 2).

¹²⁹ « 1. Les forces et les corps de sécurité, sous l'autorité du Gouvernement, auront pour mission de protéger le libre exercice des droits et des libertés et de garantir la sécurité des citoyens. 2. Une loi organique déterminera les fonctions, les principes d'action fondamentaux et les statuts des forces et des corps de sécurité. », Constitution espagnole, précitée, article 104.

¹³⁰ « 1. L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres. 2. Elle assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures et développe une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures qui est fondée sur la solidarité entre États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants des pays tiers. Aux fins du présent titre, les apatrides sont assimilés aux ressortissants des pays tiers », Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - TFUE, précité, article 67.

¹³¹Le système d'enregistrement des entrées et des sorties, la coopération avec les pays tiers, le renforcement des vérifications aux frontières extérieures, ou la création du Corps européen de gardes frontières et de garde-côtes sont les réponses opérationnelles des institutions pour trouver des solutions aux pressions migratoires: <http://www.consilium.europa.eu/fr/policies/migratory-pressures/strengthening-external-borders/>

CHAPITRE 1

La conciliation espagnole de la sécurité et des droits fondamentaux

La Garde civile est en charge du contrôle et de la surveillance des frontières ce qui signifie qu'elle est en droit d'autoriser, comme de s'opposer à leur franchissement en application des dispositions de la loi 4/2000 relatives à l'entrée des étrangers en Espagne¹³². Il lui incombe effectivement de vérifier les documents d'identité des personnes aux frontières d'une part, d'empêcher l'entrée des étrangers en situation irrégulière à l'exception des réfugiés et demandeurs d'asile potentiels, des mineurs non accompagnés ainsi que des exilés en détresse sanitaire. La police doit alors entendre chacun d'entre eux afin d'obtenir les informations sur leur identité et sur les raisons qui les ont poussées à quitter leur pays d'origine.

Cette évaluation consistant à différencier le migrant irrégulier de celui qui nécessite une protection est cruciale compte tenu du risque d'exposition au refoulement. Le respect du droit d'asile et du principe de non-refoulement deviennent dans ce cas tributaire de la seule appréciation des agents de la Garde civile. En effet la difficulté du filtrage policier tient au fait de savoir qui est censé pouvoir entrer en Espagne et qui ne l'est pas. Assurer l'équilibre entre le libre exercice des droits et la sécurité n'est pour lors pas si évidente dans un contexte de lutte contre l'immigration illégale. La Constitution quant à elle, commande la Garde civile d'atteindre cet objectif de conciliation de la sécurité avec les droits reconnus aux exilés dans le droit interne¹³³.

La sécurité des frontières tend à discipliner les migrations mais l'État doit impérativement honorer le principe de non-refoulement et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et

¹³² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, BOE núm. 10, de 12/01/2000, art. 25 et suivants.

¹³³ Constitution espagnole, précitée, article 104.1.

dégradants. Dans cette exigence il existe une concurrence (Section 1) et une différenciation (Section 2) en matière de sécurité et d'accès aux droits.

Section 1 - Sur leur mise en concurrence

La sécurité renvoie de manière globale au bon fonctionnement des institutions¹³⁴ pour assurer la vie en commun dans le cadre de la Constitution et des lois¹³⁵, puisqu'il ne peut pas y avoir de justice sans liberté, et de liberté sans sécurité. Elle est une garantie au libre exercice des droits fondamentaux parce qu'elle vise l'élimination des obstacles à leur effectivité, grâce à un ordre juridique adapté, un pouvoir judiciaire qui assure son application, et une police qui garantit leur libre exercice¹³⁶.

Le particularisme constitutionnel espagnol consistant à confier à la Garde civile la protection du libre exercice des droits et la garantie de la sécurité¹³⁷ surprend dans la mesure où elle est une police à caractère militaire¹³⁸ revendiquée par la société disciplinaire franquiste en application de la loi du 15 mars 1940¹³⁹. Cette symbolique doit être prise en compte pour comprendre l'exercice violent de la contrainte policière en Espagne aujourd'hui.

¹³⁴ N. ALIX, C. AGOSTINI, C. GAMET et G. GASPARI (Conseillers juridiques à l'Université d'Artois, Jean-Moulin Lyon III, Paris 1 Panthéon-Sorbonne et Jean-Monet Saint Etienne), « *L'existence d'un ordre public corporel* », La Revue des droits de l'homme [En ligne], 8 | 2015, p. 1, mis en ligne le 19 novembre 2015. URL : <http://revdh.revues.org/1629> ; DOI : 10.4000/revdh.1629.

¹³⁵ « *La Nation espagnole, désireuse d'établir la justice, la liberté et la sécurité et de promouvoir le bien de tous ceux qui la composent, proclame, en faisant usage de sa souveraineté, sa volonté de: garantir la vie en commun démocratique dans le cadre de la Constitution et des lois, conformément à un ordre économique et social juste* », Constitution espagnole, précitée, Préambule (extrait).

¹³⁶ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, Preámbulo, §§ 1 à 6.

¹³⁷ Constitution espagnole, précitée, article 104.1, précité.

¹³⁸ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986, art. 5.1.

¹³⁹ Ley de 15 de marzo de 1940, *reorganizando el benemérito Cuerpo de la Guardia Civil*, BOE 17 marzo 1940, página 1862.

La gestion et la surveillance des frontières sont une compétence exclusive¹⁴⁰ qui relèvent du « pouvoir immédiat »¹⁴¹ du Ministre de l'Intérieur et du Commandement de la Garde civile, lesquels coordonnent conjointement l'intégralité des stratégies opérationnelles pour sécuriser le périmètre frontalier de la migration irrégulière et des autres menaces transnationales. Ces autorités doivent concilier la sécurité des frontières et l'accès aux droits. Cette conciliation implique le respect absolu de l'imprescriptible humain et conditionne la légalité des opérations de surveillance des frontières. Une attention particulière doit être accordée aux catégories vulnérables dont les réfugiés, les apatrides, les enfants, les femmes, les victimes de la traite ou les personnes risquant de le devenir, ainsi que les victimes de tortures¹⁴². L'analyse de la sécurité en droit espagnol (I) et la place accordée aux droits fondamentaux (II) permettront d'apprécier les modalités d'existence de l'attention accordée aux groupes vulnérables.

¹⁴⁰ Se référer à l'article 149.1.29.a. CE.

¹⁴¹ J. STUART MILL (philosophe et économiste britannique), « *Considérations sur le gouvernement représentatif* », 1861, trad. Patrick Savidan, Paris, Gallimard, 2009, p. 72.

¹⁴² Résolution 1821 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière* », 9.12.

§ 1. La sécurité, un concept ambivalent

La sécurité citoyenne est une compétence qui relève de l'État en application d'une loi organique¹⁴³. Il revient au législateur de délimiter l'action du Gouvernement lorsqu'il entend mettre en oeuvre ses pouvoirs de police pour assurer l'exercice des droits et libertés. Si le droit et les mots ont un sens, il est intéressant de formuler deux remarques sur ce renvoi à la loi. Celui-ci se démarque d'abord par son objet. En effet il ne s'agit pas de la sécurité en tant que telle mais de sa configuration (A), c'est-à-dire des moyens coercitifs mis à la disposition de la police dans la loi¹⁴⁴. La sécurité est intrinsèquement liée à la Garde civile ce qui n'est pas sans conséquence sur son instrumentalisation (B).

¹⁴³ Constitution espagnole, précitée, art. 149.1.29 et 104.1.

¹⁴⁴ Il s'agit de la loi organique 4/2015 sur *la protection de la sécurité citoyenne*: Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de *protección de la seguridad ciudadana*, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

A. La protection de la sécurité aux frontières

La sécurité des frontières est un domaine qui relève du Gouvernement législateur (1) et placée sous le contrôle opérationnel des agents de la Garde civile (2).

1. Un domaine réservé à l'empire de la loi

La sécurité est un 'bien constitutionnel' qui vise à satisfaire l'intérêt de la communauté, par la prise de mesures préventives destinées à la protection des biens et des personnes¹⁴⁵. Oeuvre exclusive du Gouvernement de la Nation, la sécurité correspond à la recherche d'un équilibre harmonieux entre la sûreté et la liberté qui, dans le cadre de l'article 104.1 de la Constitution, se structure exclusivement autour de la fonction policière¹⁴⁶.

La police des frontières s'assure du caractère régulier du franchissement et empêche l'entrée aux exilés qui n'y ont pas été autorisés. Cette obstruction à la liberté de circulation est légale dès lors que la loi les y autorise dans le cadre de la Constitution. La Garde civile peut effectivement interdire l'entrée aux exilés qui décident de forcer le franchissement de la frontière puis organiser leur expulsion¹⁴⁷, parce qu'ils troublent l'utilisation pacifique des voies et des espaces¹⁴⁸. Il s'agit ici d'une approche de l'ordre commune aux États membres qui luttent contre l'immigration illégale et qui repose sur la sûreté opérationnelle des frontières. Elle contribue à faire face aux assauts répétés et à la pression migratoire exercée sur son système d'asile. C'est d'ailleurs la singularité de la fron-

¹⁴⁵ STC 33/1982, de 8 de junio, BOE núm. 153, de 28 de junio de 1982, FJ 3.

¹⁴⁶ STC 325/1994, de 12 de diciembre, BOE núm. 15, de 18 de diciembre de 1995, FJ 2.

¹⁴⁷ Ley Orgánica 4/2015, précitée, Disposición final primera. *Régimen especial de Ceuta y Melilla*; Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, BOE núm. 10, de 12/01/2000, Disposición adicional décima. *Régimen especial de Ceuta y Melilla*.

¹⁴⁸ Ley Orgánica 4/2015, précitée, art. 3.f).

tière méridionale espagnole qui a permis l'instauration d'un régime d'exception à Ceuta et Melilla dans la loi 4/2015 sur la sécurité citoyenne¹⁴⁹.

Le caractère sécuritaire de la loi 4/2015 est configuré de manière à priver les exilés du droit de demander l'asile¹⁵⁰ lorsqu'ils franchissent la frontière en dehors des points de passage autorisés¹⁵¹. Dans ce contexte c'est bien le caractère régulier du franchissement de la frontière qui détermine l'exercice du droit d'asile et la sauvegarde du principe de non-refoulement à la frontière. Ce n'est pas le droit international des réfugiés qui conditionne la sécurité, mais plutôt l'inverse. Compte tenu de cette dénaturation assumée du droit international des réfugiés par le législateur, la sécurité a été prévue de manière à faire barrage à l'immigration irrégulière sans questionner leur vulnérabilité. Vu sous cet angle, le respect de la règle de non-refoulement dans la loi 4/2015 est douteuse. Pour le TC espagnol, il n'est question ici que de proportions.

Dans son arrêt 207/1996, le juge constitutionnel considère qu'une mesure restrictive d'un droit fondamental est conforme à la Constitution si elle est adaptée à l'objectif poursuivi, nécessaire dans le sens où il n'existe pas d'autres moyens pour atteindre le même but avec la même efficacité, et équilibrée c'est-à-dire qu'il en résulte plus d'avantages pour l'intérêt général que de dommages sur les autres biens constitutionnels en conflit avec cette même mesure¹⁵².

Concernant la restriction au droit d'asile et au principe de non-refoulement à la frontière, il n'est alors plus question de proportionnalité. Ce constat appelle deux observations. Premièrement le

¹⁴⁹ « 1. Les étrangers qui tentent de franchir les dispositifs de contention frontaliers pour traverser la frontière de façon irrégulière et dont la présence a été détectée dans les lignes de démarcation territoriale de Ceuta ou de Melilla pourront être refoulés de sorte qu'ils soient empêchés d'entrer illégalement en Espagne. 2. Dans tous les cas, le refoulement aura lieu dans le respect de la réglementation internationale en matière de droits de l'homme et de protection internationale que l'Espagne a reconnue. 3. Les demandes de protection internationale seront présentées dans les lieux prévus à cet effet aux postes-frontières ; la procédure sera conforme aux normes établies en matière de protection internationale. », Dixième disposition additionnelle, insérée par la loi organique 4/2015 du 30 mars 2015 précitée. Régime spécial pour Ceuta et Melilla.

¹⁵⁰ Ley Orgánica 4/2015, précitée, Disposición final primera. *Régimen especial de Ceuta y Melilla*.

¹⁵¹ Ley Orgánica 4/2000, précitée, art. 60.1.

¹⁵² STC 207/1996, de 16 de diciembre, BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997, FJ 4 E) §2.

franchissement délibéré de la frontière espagnole en dehors des points de passage autorisés, est une infraction à la législation sur les étrangers laquelle entraîne l'expulsion immédiate de l'exilé. Deuxièmement le législateur interdit aux exilés de demander l'asile qui entendent franchir la frontière de manière irrégulière. Même si le juge constitutionnel n'est pas juge de l'opportunité des lois¹⁵³, cette restriction pose un problème sérieux de constitutionnalité puisque le législateur a modifié la spatialité du droit des réfugiés et des instruments de protection des droits de l'homme à la frontière.

Le Gouvernement et sa majorité disposent par conséquent d'une marge de manoeuvre exemplaire pour restreindre les droits reconnus aux exilés pour des motifs d'ordre intérieur. À charge pour la Garde civile de trouver la stratégie opérationnelle qui corresponde à l'approche institutionnelle de la sécurité.

2. Un domaine sous contrôle exclusif de la Garde civile

La préparation, la direction et l'exécution de la politique de sécurité relève du domaine réservé de l'État, c'est-à-dire du Gouvernement et du Ministère de l'intérieur, ainsi que des forces de police placées sous son autorité¹⁵⁴. La Garde civile incarne l'autorité du pouvoir central et d'interlocutrice privilégiée du Gouvernement quant aux mesures à prendre pour maintenir ou rétablir un degré satisfaisant de sécurité aux frontières. Sa participation indirecte à l'exercice du pouvoir ne doit pas surprendre puisqu'elle résulte de la structure auto-organisationnelle du Ministère de l'inté-

¹⁵³ STC 109/1987, de 29 de junio, BOE núm. 163, de 09 de julio de 1987, FJ 3. c).

¹⁵⁴ Ley Orgánica 4/2015, précitée, art. 5.1.

rieur¹⁵⁵, et des moyens légaux mis à la disposition du Commandement de la Garde civile pour remédier aux situations de trouble à la frontière.

Placée sous la tutelle d'un officier général de la Garde civile, la Direction des douanes et des Frontières organise et gère les opérations de surveillance des frontières et de contrôle de l'immigration irrégulière¹⁵⁶ ; y compris la stratégie et l'opportunité des opérations de celles-ci mais sans la supervision du Ministère public ou de l'autorité judiciaire. Cette exclusivité fonctionnelle découle du monopole institutionnel qui pèse sur la Garde civile et de la double compétence qui lui revient d'exercer en application de l'article 104.1 CE¹⁵⁷.

Ce domaine réservé confère à la Garde civile une autorité idéale sur la manière de concevoir les frontières. Preuve en est de la délimitation policière de la frontière hispano-marocaine décidée en dehors du cadre des traités. La Garde civile de Melilla a opté pour une approche fonctionnelle de la frontière en considérant une de ses sections comme relevant de la souveraineté du Maroc¹⁵⁸, ce qui l'autorise à refouler les exilés au Maroc. Cette stratégie policière prive dans ce cas les exilés du droit d'asile au motif qu'ils ne peuvent pas justifier d'une entrée régulière en Espagne¹⁵⁹. L'expulsion des réfugiés ou des demandeurs d'asile potentiels, des mineurs non accompagnés ou des personnes malades est alors possible.

¹⁵⁵ Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, *por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales*, BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2016, art. 5; Real Decreto 770/2017, de 28 de julio, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior*, BOE núm. 180, de 29/07/2017; STS, 4 de Marzo de 2010, n° 8/2008, sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, FJ 5 § 3.

¹⁵⁶ Real Decreto 770/2017, précité, art. art. 4.5. c) (traduction personnelle). Les forces et corps de sécurité de l'État sont composées de la Garde civile et du corps de la Police nationale. Nous concernant, nous nous intéresserons qu'à la Garde civile.

¹⁵⁷ Constitution espagnole, précitée, art. 104.1, précité.

¹⁵⁸ Orden de Servicio 6/2014 « *Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras* », firmado por el Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, 11 de abril de 2014. Cf. Titre 1, Chap.1, Sect. 2, § 1 *La gestion policière de la frontière méridionale de l'Espagne*.

¹⁵⁹ Ley Orgánica 4/2015, précitée, première disposition finale, précitée.

Les droits fondamentaux structurent l'ordre constitutionnel conformément aux choix du pouvoir constituant originaire. Ils s'imposent aux pouvoirs publics qui oeuvrent à leur sauvegarde sans qu'il soit possible de les instrumentaliser. Pourtant le Gouvernement et le législateur espagnols ont inversé cette tendance à l'échelle de la frontière hispano-marocaine, en configurant le système législatif¹⁶⁰ de manière à ce que la Garde civile puisse décider elle-même de la stratégie opérationnelle pour empêcher l'entrée des exilés en Espagne à Ceuta et Melilla.

Le blindage frontalier et le refoulement sont deux dispositifs policiers qui assurent la sécurité de la frontière hispano-marocaine contre la migration irrégulière, mais sans accès aux droits. Cela traduit une conception équivoque de l'article 104.1 CE puisqu'il s'agit ici de légaliser une pratique interdite par le droit des réfugiés sur la base d'un indice : le passage irrégulier de la frontière hispano-marocaine. Ce procédé a un sens politique fort puisque ce sont les réfugiés et les demandeurs d'asile potentiels, les mineurs isolés qui sont la cible de cette approche restrictive de la sécurité. Par conséquent, le pouvoir étatique peut contingenter le libre exercice du droit d'asile et le principe du non-refoulement, s'ils desservent le dispositif opérationnel de protection de la frontière.

¹⁶⁰ Ley Orgánica 2/1986, précitée, art. 11 (sur la fonction de la Garde civile relative au maintien ou au rétablissement de l'ordre ou de la sécurité citoyenne) et 12 (sur sa compétence réservée concernant la surveillance des frontières); Ley Orgánica 4/2000, précitée, dixième dispositions additionnelle, précitée, sur le régime spécial de Ceuta et Melilla; Ley Orgánica 4/2015, précitée, art. 5 (sur la Garde civile en tant qu'autorité au service de la sécurité citoyenne), et première disposition finale, précitée, sur le régime spécial de Ceuta et Melilla.

B. L'instrumentalisation de la sécurité

La démocratie espagnole a été soucieuse de la sécurité¹⁶¹ parce qu'elle constitue non seulement un principe directeur de gouvernance mais aussi une idéologie, qui légitime et intensifie la contrainte du pouvoir réglementaire¹⁶² et des forces de sécurité¹⁶³, notamment contre l'imprévisibilité des assauts d'exilés depuis le Maroc.

La sécurité est une notion à géométrie variable dont l'inconstance n'admet aucun compromis en matière de droits de l'homme (1) ; ce qui est difficilement conciliable avec l'article 104.1 CE (2).

1. *L'exclusion des exilés du système de protection et d'accès aux droits*

Maintenir l'ordre et la sécurité aux frontières implique l'adoption de mesures d'une spéciale intensité pour éviter les percées de la migration illégale. Les autorités ont opté pour une approche atypique du statut des exilés, dans la mesure où c'est la régularité du franchissement de la frontière et non leur statut de primo-arrivants, qui conditionne le plein exercice de leurs droits et libertés. Le franchissement irrégulier entraîne immédiatement leur refoulement vers le Maroc sans pouvoir demander l'asile et sans possibilité de faire surseoir à l'exécution de la mesure d'expulsion. Les primo-arrivants sont assimilés à des personnes en situation irrégulières peu importe les raisons qui les ont forcées à quitter leur propre pays.

¹⁶¹ Adolfo Suárez González, *Congreso de los Diputados*, 30 de marzo de 1979, § 34 (en ligne sur : <http://www.lamoncloa.gob.es/presidente/presidentes/Paginas/InvestiduraSuarez1979.aspx>); Discurso del presidente del Gobierno en funciones en el debate de investidura a la Presidencia del Gobierno en el Congreso de los Diputados, 30 de agosto de 2016, § 104 (en ligne sur: <http://www.lamoncloa.gob.es/presidente/discursodeinvestidura/paginas/index.aspx>).

¹⁶² Constitution espagnole, précitée, art. 149.1.29.

¹⁶³ Constitution espagnole, précitée, art. 104.1.

En droit international, les exilés présumés réfugiés jusqu'à preuve du contraire, ce qui signifie que leur expulsion ne peut intervenir que lorsque les autorités espagnoles auront vérifié qu'il n'y a aucun motif sérieux, et avéré de croire qu'ils courent un risque réel d'être persécutés¹⁶⁴, et qu'ils ne seront pas soumis à un traitement inhumain ou dégradant¹⁶⁵ dès leur prise en charge par les autorités marocaines. L'irrégularité du franchissement de la frontière est un motif suffisant à l'expulsion injustifiée des migrants au Maroc, ce qui déroge à la mission de surveillance visée dans la loi 2/1986 sur les forces de police¹⁶⁶ et à la procédure de droit commun concernant l'éloignement des étrangers dont l'entrée sur le territoire a été refusée. Dans ce cas il ne s'agit pas d'une décision administrative portant refus d'entrée motivée en fait et en droit¹⁶⁷, mais d'une décision informelle prise par les agents de la Garde civile sans qu'il soit possible de la contester devant l'autorité judiciaire¹⁶⁸. Alors la sécurité diffère du sens ordinaire que le législateur a entendu lui donner dans la mesure où elle ne garantit pas l'exercice régulier des droits protégés dans la Constitution¹⁶⁹. La sécurité constitue un obstacle manifeste à l'effectivité des droits pour des motifs opérationnels.

La système de protection de la frontière pose problème en ce qu'il entraîne une dépossession des droits et des libertés des exilés en provenance d'Afrique subsaharienne¹⁷⁰ à la frontière hispano-

¹⁶⁴ Conformément au droit international des réfugiés (Convention de Genève de 1951 et son protocole, précités).

¹⁶⁵ Conformément au droit international des droits de l'homme (DUDH, PIDCP, ConvEDH, précités).

¹⁶⁶ Ley Orgánica 2/1986, précitée, art. 12.1.B.d).

¹⁶⁷ L'article 26.2 de la loi organique 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne, dispose que le refus d'entrée sur le territoire sera notifié à l'étranger par décision motivée de l'administration, laquelle sera accompagnée de toute l'information nécessaire pour contester cette mesure (voies de recours et délais), ainsi que de leur droit à être assistés par un avocat commis d'office, et par un interprète.

¹⁶⁸ Pourtant, le droit à la protection judiciaire des droits et le droit au recours contre les actes administratifs sont deux garanties consacrés aux articles 20 et 21 de la loi 4/2000, précitée.

¹⁶⁹ «*La sécurité citoyenne est la garantie que les droits et libertés reconnus et protégés par les constitutions démocratiques puissent être librement exercés par les citoyens sans qu'ils soient de simples déclarations formelles dépourvues d'efficacité juridique. Dans ce sens, la sécurité citoyenne est un des éléments essentiels de l'état de droit*», Ley Orgánica 4/2015, précitée, préambule (traduction personnelle).

¹⁷⁰ Selon l'article 3. e) de la loi organique 4/2015, précitée, la protection des personnes constitue un objectif de la loi et de l'action des pouvoirs publics.

marocaine. Cette opération de neutralisation juridique des droits qui vise à expulser sans diligenter ne répond à aucun motif constitutionnel objectif et raisonnable.

2. Une police des frontières altérée par l'objectif de lutte contre la migration irrégulière

La police des frontières est régulière dès lors qu'elle observe les principes recteurs de l'action des pouvoirs publics¹⁷¹. Le régime dérogatoire applicable à Ceuta et Melilla y contrevient puisque les exilés sont immédiatement remis aux forces marocaines sans droit au juge avant l'exécution de la mesure d'éloignement¹⁷². La neutralisation des droits fondamentaux à la frontière favorise les distorsions et l'arbitraire puisqu'en neutralisant le régime normalement applicable en matière de protection, il ne peut pas y avoir de prééminence du droit. Cela provoque des situations de confusion normative difficilement conciliables avec le principe de sécurité juridique¹⁷³. Selon le Tribunal constitutionnel, il y a infraction à l'article 9.3 de la Constitution relatives aux garanties juridiques¹⁷⁴ lorsque « le contenu ou les omissions d'un texte normatif produisent de la confusion ou des doutes qui génèrent, pour ses bénéficiaires, une incertitude raisonnablement insurmontable au

¹⁷¹ Selon l'article 4.1 de la loi organique 4/2015 sur la sécurité citoyenne, l'exercice des prérogatives de puissance publique en matière de sécurité est régi par les principes de légalité, d'égalité de traitement et de non discrimination, d'opportunité, de proportionnalité, d'efficacité, d'efficience et de responsabilité, et sera soumis au contrôle administratif et juridictionnel.

¹⁷² Ley Orgánica 4/2000, précitée, arts 18 (droit à la protection juridictionnelle effective), 19 (droit au recours contre les actes administratifs), 20.1 (droit à l'assistance juridique gratuite) et 24.2. (sur la mesure de refus d'entrée).

¹⁷³ Constitution espagnole, précitée, art. 9.3. Sur sa consécration par le Tribunal constitutionnel: Cf. SSTC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 4 ; 126/1987, de 16 de julio, FJ 7 ; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 10; 65/1990, de 5 de abril, FJ 6 ; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8 ; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3 ; y 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2.

¹⁷⁴ « *La Constitución garantiza el principio de la legalidad, la jerarquía y la publicidad de las normas, la no retroactividad de las disposiciones implicando sanciones que no favorezcan ni que restrinjan derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad de los poderes públicos y la prohibición de toda acción arbitraria de su parte.* », Constitution espagnole, précitée, art.9.3.

sujet de la conduite exigée pour son exécution, ou de la prévisibilité de ses effets »¹⁷⁵. Le régime spécial de Ceuta et Melilla¹⁷⁶ entraîne une mise en échec de l'articulation des garanties juridiques constitutionnelles puisqu'il fait obstacle à la procédure normalement applicable aux éloignements à la frontière d'une part, désavoue l'effectivité des droits fondamentaux d'autre part. Le Gouvernement et le législateur ont dans ce cas permis la formation d'une police des frontières exorbitante du droit commun, difficilement prévisible, et détachée de l'objectif initialement assigné dans la loi 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers¹⁷⁷. Cette confusion normative écarte les migrants du bénéfice des droits par le refoulement ; ce qui remet en cause l'objectif de prééminence du droit dans la société démocratique. D'après le Code européen d'éthique de la police du Conseil de l'Europe¹⁷⁸ et le Code de conduite pour les responsables de l'application des lois des Nations-Unies¹⁷⁹, respectivement mentionnés dans la loi 2/1986 sur les forces de sécurité de l'État¹⁸⁰, le maintien de l'ordre à la frontière est légitime à partir du moment où l'action policière ne contrevient pas aux principes directeurs inhérents à la défense et à la protection des droits fondamentaux des per-

¹⁷⁵ SSTC 150/1990, de 4 de octobre, FJ 8 (traduction personnelle). Dans le même sens: 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15.

¹⁷⁶ Ley Orgánica 4/2015, précitée, *disposición final primera*, précitée.

¹⁷⁷ Ley Orgánica 4/2000, précitée, arts 3, 20, 21, 22, 25.3 et 25.4.

¹⁷⁸ Recommandation Rec(2001)10 du Comité des Ministres aux États membres sur le Code européen d'éthique de la police (adoptée par le Comité des Ministres, le 19 septembre 2001, lors de la 765^e réunion des Délégués des Ministres) ; Standards Internationaux Relatifs aux Forces de Police, *Le Code Européen d'Éthique de la Police Conseil de l'Europe*, Comité des Ministres, Recommandation Rec(2001)10 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 19 septembre 2001 et exposé des motifs, Centre pour le Contrôle Démocratique des Forces Armées - Genève (DCAF).

¹⁷⁹ Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979 (résolution 34/169).

¹⁸⁰ « Suivant les grandes lignes du Conseil de l'Europe, dans sa « Déclaration » sur la police, et de l'Assemblée Générale des Nations-Unies, dans le « Code de conduite pour les responsables de l'application des lois des Nations-Unies », les principes de base que doivent suivre les policiers dans l'exercice de leurs fonctions, sont définis comme un authentique « code déontologique », qui relie les membres de tous les collectifs policiers, en imposant le respect de la Constitution, le service permanent à la Communauté, l'adéquation entre fins et moyens, comme critère indicatif de son action, le secret professionnel, le respect de l'honneur et de la dignité de la personne, la subordination hiérarchique et la responsabilité dans l'exercice de sa fonction. », Ley Orgánica 2/1986, précitée, *Preámbulo*, II. a), traduction personnelle.

sonnes¹⁸¹. À cet égard l'article 5 de la loi sur les forces de sécurité¹⁸² n'émet aucune réserve puisqu'il structure l'intervention policière autour de principes préventifs contre les pratiques abusives, arbitraires ou discriminatoires¹⁸³. La Garde civile ne peut alors ni couvrir ni encourager les expulsions sommaires et expéditives d'exilés, sans s'assurer au préalable qu'ils ne seront pas exposés à un mauvais traitements aux Maroc. C'est pourtant ce qui est défendu par le régime dérogatoire applicable à Ceuta et Melilla dans la loi 4/2015 en violation de la procédure normalement applicable en matière d'entrée¹⁸⁴ et d'éloignement des étrangers¹⁸⁵. Dès lors la Garde civile se trouve dans une situation inconfortable puisque la loi lui enjoint de contrevenir à sa mission constitutionnelle de protection du libre exercice des droits et des libertés¹⁸⁶.

La protection des frontières est un prétexte 'opérationnel' de l'administration quand elle n'est pas en capacité de contenir les flux migratoires, ce qui semble difficilement justifiable du point de vue du droit international des réfugiés et du droit international des droits de l'homme.

¹⁸¹ « 35. La police et toutes les interventions de la police doivent respecter le droit de toute personne à la vie. ; 36. La police ne doit infliger, encourager ou tolérer aucun acte de torture, aucun traitement ou peine inhumain ou dégradant, dans quelque circonstance que ce soit. (...) ; 38. La police doit systématiquement vérifier la légalité des opérations qu'elle se propose de mener. ; 39. Les personnels de police doivent exécuter les ordres régulièrement donnés par leurs supérieurs, mais ont le devoir de s'abstenir d'exécuter ceux qui sont manifestement illégaux et de faire rapport à ce sujet, sans crainte de sanction quelconque en pareil cas. (...) ; 44. Les personnels de police doivent agir avec intégrité et respect envers la population, en tenant tout spécialement compte de la situation des individus faisant partie de groupes particulièrement vulnérables. », Recommandation Rec(2001)10 du Comité des Ministres, précitée, V. Principes directeurs concernant l'action / l'intervention de la police, A. Principes directeurs concernant l'action / l'intervention de la police: principes généraux.

¹⁸² Ley Orgánica 2/1986, précitée.

¹⁸³ Ley Orgánica 2/1986, précitée, arts. 5.1 et 2, 11.1. a) et b).

¹⁸⁴ Ley Orgánica 4/2000, précitée, art. 25.

¹⁸⁵ Ley Orgánica 4/2000, art. 58 et 60.

¹⁸⁶ Constitution espagnole, précitée, art. 104.1, précité.

§ 2. Le droit d'asile aux frontières espagnoles

Le respect de la dignité¹⁸⁷ et du droit à la vie de la personne¹⁸⁸ sont, à l'instar de l'interdiction de la torture, des peines ou traitements inhumains ou dégradants¹⁸⁹, des droits fondamentaux à valeur constitutionnelle. Cette assurance formelle du droit naturel dans la Constitution est logique dans « un État de droit social et démocratique qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, [et] la justice (...) »¹⁹⁰, le constitutionnalisme européen¹⁹¹, et le droit international des droits de l'homme¹⁹². Le droit d'asile s'associe à ces valeurs puisqu'il est intrinsèquement lié au respect de la dignité et du droit à la vie, et consubstantiel à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants.

Le droit d'asile est accordé à l'étranger qui fuit les persécutions dans son pays d'origine du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques¹⁹³. Quand à la protection subsidiaire¹⁹⁴ elle concerne l'exilé dont la situation ne répond pas à la définition du statut de réfugié, mais pour lequel il existe des motifs sérieux et avérés

¹⁸⁷ Constitution espagnole, précitée, art. 10.1.

¹⁸⁸ Constitution espagnole, précitée, art. 15.

¹⁸⁹ Constitution espagnole, précitée, art. 15, précité.

¹⁹⁰ Constitution espagnole, précitée, art. 1.1.

¹⁹¹ « Il n'est donc pas surprenant que la Constitution de 1978 ait été particulièrement inspirée par la Loi Fondamentale allemande de 1949 et, dans une moindre mesure, par la Constitution italienne de 1948. L'influence décisive de la première ne s'explique pas uniquement, évidemment, en raison de la germanophilie de nombre de ius publicistes espagnols, mais notamment parce que certains traits fondamentaux du système constitutionnel allemand convenaient parfaitement à la jeune et fragile démocratie espagnole d'alors, qui était désireuse tout autant de recouvrer les droits si longtemps bafoués que de parvenir à la stabilité politique de ses futurs Gouvernements. C'était ainsi le cas pour ce qui est de la reconnaissance des droits fondamentaux (un concept d'origine allemande) et leurs garanties face à tous les pouvoirs publics, même le législateur. », J. VALERA SUANZES-CARPEGNA (Professeur de droit à l'Université d'Oviedo), « La dimension européenne de la Constitution espagnole », in *Historia Constitucional*, n. 14, 2013. <http://www.historiaconstitucional.com>, p. 245.

¹⁹² Concernant le droit international, l'article 10.2 CE précise que « les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ».

¹⁹³ Convention de Genève sur le statut des réfugiés, précitée, art. 1. (A). 2.

¹⁹⁴ Ley 12/2009, de 30 de octobre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, art. 4.

de croire qu'il court dans son pays un risque réel de subir la peine de mort ou une exécution, la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou une menace grave et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence aveugle résultant d'une situation de conflit armé interne ou international¹⁹⁵.

L'interdépendance définitionnelle entre le droit d'asile et le principe de dignité de l'article 10 CE, et d'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants de l'article 15 CE ne fait aucun doute. Cependant le droit d'asile en Espagne est un droit autonome qui relève de la loi ordinaire¹⁹⁶ et non de la Constitution ; ce qui entraîne un cloisonnement de sa fundamentalité par rapport à celle des articles 10 et 15 CE (A). L'appréciation du droit d'asile est dans ce cas dénaturée parce qu'il un droit infra-constitutionnel ; d'où le doute pesant quant à son effectivité dans le contexte particulier des frontières (B).

¹⁹⁵ Ley 12/2009, précitée, art. 10.

¹⁹⁶ « *La loi établira les termes selon lesquels les citoyens d'autres pays et les apatrides pourront jouir du droit d'asile en Espagne* », Constitution espagnole, précitée, art. 13.4.

A. Le droit d'asile, un droit infra-constitutionnel

La Convention de Genève¹⁹⁷ et le Protocole¹⁹⁸ « constituent les principaux accords internationaux sur la protection des réfugiés, [et que] leur caractère fondamental a été largement reconnu tant sur le plan international que sur le plan régional »¹⁹⁹. Ces instruments consacrent le droit d'asile et son corollaire le principe de non-refoulement pour ceux qui craignent d'être persécutés, torturés ou maltraités dans le pays d'origine ou de transit. Les États qui y ont adhéré doivent proposer des garanties juridiques concrètes afin que nul ne soit renvoyé là où il existe un risque pour sa vie.

Le droit d'asile est un droit fondamental de l'homme²⁰⁰ commandé par le droit à la vie et l'interdiction de la torture, des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Sa fundamentalité relève du droit supranational et s'impose à l'Espagne qui met en oeuvre le droit conventionnel. Pour le constituant originaire il n'est pas un droit fondamental au sens de la Constitution (1) ce qui constitue une altération de sa 'supranationalité' originelle (2).

1. L'absence de fundamentalité formelle du droit d'asile

La Constitution est la règle de production et de structuration des droits dans la hiérarchie normative espagnole. Elle garantit des droits comme ceux reconnus à la personne²⁰¹ ainsi que le

¹⁹⁷ Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, précitée.

¹⁹⁸ Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés.

¹⁹⁹ Convention de Genève de 1951, précitée, Note introductive du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, août 2007, § 9.

²⁰⁰ « *Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.* », DUDH, précitée, art. 14.1.

²⁰¹ Constitution espagnole, précitée, art. 10, précité.

droit à la vie²⁰². Ce sont des droits fondamentaux qui tiennent leur fundamentalité de la Constitution et qui se distinguent de tous les autres²⁰³. Pour FAVOREU, « un ordre juridique ne comporte pas de droits fondamentaux s'ils ne sont pas de rang formellement constitutionnel »²⁰⁴. Cela signifie que plus on descend dans la hiérarchie normative, moins le droit est fondamental.

Le droit d'asile et son corollaire, le principe de non-refoulement, sont des règles qui tiennent leur fundamentalité du droit international des réfugiés et des droits de l'homme. Pour garantir leur supranationalité dans l'ordre juridique interne, ils doivent être consacrés dans la Constitution puis couplés à des mécanismes de contrôles internes adaptés²⁰⁵ par le prisme du juge notamment. Cependant ces deux règles échappent à l'empire de la norme suprême puisque c'est la loi ordinaire qui en assume la couverture²⁰⁶. C'est effectivement la loi qui « établira les termes selon lesquels les citoyens d'autres pays et les apatrides pourront jouir du droit d'asile en Espagne »²⁰⁷. Pour le pouvoir constituant originaire le droit d'asile est un droit ordinaire mais en aucun cas un droit autonome à valeur constitutionnelle titulaire d'une fundamentalité supérieure. Son inscription dans le Titre I de la Constitution relève est une reconnaissance conceptuelle sans le bénéfice du statut constitutionnel espéré. À cet égard, la décision 53/2002 du TC portant sur un recours d'inconstitutionnalité engagé par le Défenseur du peuple est particulièrement éclairante²⁰⁸.

²⁰² Constitution espagnole, précitée, art. 15, précité.

²⁰³ L. FAVOREU (juriste et universitaire français, spécialiste du droit public), « *Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques* », in *Droits et libertés fondamentales*, Dalloz 2012, p.63, *Section 2 Les droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes*, §§ 98 à 103.

²⁰⁴ L. FAVOREU, précité, § 98.

²⁰⁵ L. FAVOREU, précité, § 100.

²⁰⁶ Le constituant renvoie le droit d'asile à la loi ordinaire, et non à la loi organique. Pourtant, « *les lois organiques sont celles qui se réfèrent au développement des droits fondamentaux et des libertés publiques, celles qui approuvent les statuts d'autonomie et le régime électoral général, ainsi que les autres lois prévues dans la Constitution.* », Constitution espagnole, précitée, art. 81.1.

²⁰⁷ Constitution espagnole, précitée, art. 13.4, extrait.

²⁰⁸ Pleno. Sentencia 53/2002, de 27 de febrero de 2002. Recurso de inconstitucionalidad 2994/94. Promovido por el Defensor del Pueblo contra el apartado 8 del artículo único de la Ley de Cortes Generales 9/1994, de 19 de mayo, que modificó un precepto de la Ley reguladora del *derecho de asilo y de la condición de refugiado* de 1984, BOE núm. 80, de 03 de abril de 2002.

Pour le juge constitutionnel, l'article 13.4 CE reconnaît le droit d'asile comme un droit ouvert à ceux qui se disent persécutés et qui souhaitent demander la protection internationale en Espagne. Le droit d'asile n'est pas un droit fondamental puisqu'il est inscrit dans le Chapitre II et non le Chapitre I du Titre I de la Constitution et aucune disposition constitutionnelle n'exige que la loi sur l'asile soit approuvée par une loi organique²⁰⁹. Même si l'habilitation exclusive du législateur portant sur l'aménagement de son exercice ne constitue pas une permission illimitée ou indifférente²¹⁰, ce renvoi au domaine de la loi revient ici à détacher le droit d'asile à ce qui compose son « noyau essentiel »²¹¹, c'est-à-dire les droits de la personne de l'article 10 CE et du droit à la vie de l'article 15 CE. L'absence de fundamentalité du droit d'asile entraîne une remise en cause de sa substance et facilite sa mise à l'écart par les autorités. Cela revient à confirmer qu'« une limitation excessive de la permission constitutionnelle par une norme législative (...) est constitutive d'un défaut de cette norme, et partant, de sa destruction juridictionnelle »²¹². L'absence de fundamentalité du droit d'asile crée une distorsion inter-normative, laquelle n'aurait pas été permise si le juge lui avait donné davantage de cohérence compte tenu de sa supranationalité originelle tirée du droit des réfugiés et des droits de l'homme. .

2. *La fundamentalité substantielle avérée du droit d'asile*

Le droit d'asile n'est pas un droit fondamental en droit espagnol parce qu'il n'est pas constitutionnel ; mais son renvoi au domaine de la loi ordinaire ne modifie en rien la réalité de sa sub-

²⁰⁹ STC 53/2002 précitée, FJ 4.

²¹⁰ L. FAVOREU, précité, § 104, précité.

²¹¹ Termes empruntés à L. FAVOREU, précité, § 104.

²¹² L. FAVOREU, précité, § 103.

stance étant donné qu'il est un droit fondamental de l'homme supranational²¹³, et du droit international des droits de l'homme²¹⁴. Cela signifie qu'une entrave au droit d'asile entraîne de facto une entrave au droit au respect de la dignité de la personne, aux droits inviolables qui lui sont inhérents, et à l'interdiction absolue de la torture, des peines ou des traitements inhumains et dégradants. Prenons le cas d'un exilé intercepté par la Garde civile à la frontière hispano-marocaine puis refoulé au Maroc. Premièrement, nul ne peut savoir s'il est un réfugié ou un demandeur d'asile potentiel, un mineur non accompagné ou une personne malade. Deuxièmement le fait d'être dans l'impossibilité de demander l'asile pour faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion constitue une violation grave au principe de non-refoulement, laquelle constitue une violation de l'article 10 CE dès lors que son refoulement peut l'exposer à des traitements prohibés par l'article 15 CE. Le droit d'asile est alors un droit constitutionnel qui, en substance, se structure autour de la dignité humaine

²¹³ L'article 33.1 constitue la pierre angulaire du droit international des réfugiés, lequel interdit aux États d'expulser ou d'extrader « *de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ».

²¹⁴ « *Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine.* », PIDCP, précité, art. 6.1, extrait; « *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.* », PIDCP précité, art. 7.1, extrait; « *Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.* », PIDCP, précité, art. 12.2; « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne.* », DUDH, précitée, art. 3; « *Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.* », DUDH, précitée, art. 5; « *Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique.* », DUDH, précitée, art. 6; « *Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays.* », DUDH, précitée, art. 13.2; « *Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.* », DUDH, précitée, art. 14.1, précité; « *Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.* », Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains et dégradants de 1984, précitée, art. 3.1; « *Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.* », CDFUE, précitée, art. 18.1; « *Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.* », CDFUE, précitée, art. 19.2; « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.* », ConvEDH, précitée, art. 3.

contre toute forme de dégradation²¹⁵. Selon PICARD²¹⁶ cela revient à suivre la méthode inductive et non déductive de la fundamentalité.

L'approche substantielle de la fundamentalité permet d'apprécier le fond du droit sous l'angle de sa prévalence, et non sous le prisme de sa place dans la hiérarchie normative. C'est la réalité du droit qui importe puisque c'est elle qui fonde sa substance, et non sa transposition dans telle ou telle norme. En ce qui concerne le droit d'asile, c'est l'inaliénabilité de la dignité humaine qui fonde son contenu ; d'où son caractère intrinsèque avec les articles 10 et 15 CE, lesquels couvrent indirectement l'interdiction absolue d'expulser les exilés « sur les frontières des territoires où leur vie ou leur liberté serait menacée »²¹⁷. Le principe de non-refoulement implique de ne pas porter atteinte à la sphère individuelle des exilés protégée par le droit d'asile, car « si la fundamentalité substantielle est la cause réelle de la prééminence, ce qui compte [est] que le droit considéré prévale contre ce qui pourrait l'entraver »²¹⁸.

En tant que droit de l'homme consacré par le droit international, le droit d'asile ne devrait poser aucun problème de fundamentalité dès lors qu'il y a primauté du droit international sur le droit interne. De surcroît l'article 10.2 CE confère aux normes internationales de protection des

²¹⁵ Il s'agit ici de l'interdiction de la torture, des peines, et des traitements inhumains et dégradants tels que visés dans l'article 15 CE. Cette terminologie est en revanche tirée de la décision du Conseil constitutionnel français n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*).

²¹⁶ « *Mais nous ne tiendrons pas la réalité juridique formelle pour l'expression ultime de la réalité juridique, car cette méthode s'avérerait en toute hypothèse bien désespérante sur ce sujet, tant la réalité paraît surprenante et même contradictoire. Au lieu de cela, nous allons supposer que cette réalité jouit effectivement d'une cohérence rationnellement saisissable, sans que celle-ci cependant s'exprime nécessairement de façon immédiate. Il nous faudra donc proposer une explication du fond même de la consistance de cette notion qui fasse ressortir les raisons pour lesquelles la catégorie des droits fondamentaux paraît, en droit positif, aussi hétéroclite et insaisissable : au lieu de déduire la fundamentalité de ce que le droit positif en révèle à l'examen, et de la réduire à cela, nous allons tenter de l'induire de ce qu'elle montre, c'est-à-dire de ses effets. Nous postulerons par là que c'est la fundamentalité qui doit justifier le régime (et non pas l'inverse, car le régime ne justifie pas la fundamentalité : il ne fait qu'en découler, et se borne, de notre point de vue, à signaler sa présence).* », E. PICARD (Professeur à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne), directeur adjoint du Centre de droit européen et comparé de l'université d'Oxford), « *L'émergence des droits fondamentaux en France* », (extraits), *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 1998, numéro spécial, p. 7.

²¹⁷ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, précitée, art. 33.1, précité, extrait.

²¹⁸ Cf. E. PICARD, précité, p. 11.

droits fondamentaux de l'homme le rang de « source interprétative-intégrative »²¹⁹ à part entière de la Constitution, marquant ainsi un point d'honneur à leur autorité et opérativité²²⁰ dans l'ordre interne. Le versant substantiel de la fundamentalité du droit d'asile est dans ce cas intrinsèque au contenu des articles 10 sur les droits de la personne et 15 CE sur le droit à la vie; la clause interprétative de l'article 10.2 CE lui est également applicable ce qui devrait lui conférer un rang constitutionnel parfaitement identifiable.

Les traités sur les droits de l'homme acquièrent dans la pratique un statut constitutionnel, c'est-à-dire qu'ils s'appliquent au niveau constitutionnel et imposent aux autorités l'obligation d'interpréter les droits constitutionnels en conformité avec ceux-ci. Ils configurent et intègrent le propre contenu constitutionnel des droits fondamentaux reconnus dans la Constitution. Les autres dimensions et sens qu'ils produisent par rapport à la formulation constitutionnelle des droits, font partie de leur contenu essentiel et deviennent une limite pour le législateur et une obligation pour le juge. La prééminence du droit des réfugiés et des droits de l'homme existe indépendamment de tout fondement constitutionnel et leur substance supprime la hiérarchie formelle proposée par le juge constitutionnel. Le droit d'asile et le principe de non-refoulement ne peuvent pas s'apprécier autrement que par leur noyau intangible, ce qui signifie que les juges constitutionnel et ordinaire doivent appliquer et contrôler le respect du canon international imposé par l'article 10.2 CE.

La loi 4/2015 sur le régime spécial de Ceuta et la loi 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers doivent garantir le droit d'asile et le principe de non-refoulement à la frontière hispano-marocaine en application de l'article 10.2 CE. Quant au juge constitutionnel il doit apprécier ces règles dans

²¹⁹ E. ALONSO GARCÍA (Docteur en droit, Conseiller d'État permanent et Président de la huitième section du Conseil d'État) , « *La interpretación de la Constitución* », Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984, p. 400.

²²⁰ A. SAIZ ARNAIZ (Professeur de droit constitutionnel à l'Université Pompeu Fabra, Barcelone), « *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española* », Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 53; M. APARICIO PÉREZ « *La cláusula interpretativa del art. 10. 2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales* » in *Jueces para la democracia*, 1133-0627, n°6, 1989, p. 10.

l'esprit de son temps. Un revirement jurisprudentiel est attendu de la part du juge constitutionnel pour revaloriser les règles du droit des réfugiés et supprimer le relativisme qui les caractérise.

B. L'incertitude du droit d'asile dans le contexte des frontières

La loi 12/2009 consacre indirectement le principe de non-refoulement par un renvoi à la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et au Protocole de New York de 1967²²¹. Elle ne lui permet pas d'être porteur de la prééminence qui découle de sa supranationalité du au caractère résiduelle de la norme qui le supporte. Il s'agit effectivement d'une loi ordinaire et non organique, laquelle n'implique aucun consensus vu qu'elle est approuvée à la majorité simple du Congrès et du Sénat. Ceci étant le droit de demander l'asile à la frontière hispano-marocaine est en principe ouvert aux exilés, mais il ne garantit pas le non-refoulement (1). Sans substance il n'est pas un droit concret (2).

1. Le relativisme du dispositif de l'asile à la frontière

La frontière est l'espace qui permet d'apprécier la manière dont l'État envisage le droit d'asile dans un contexte de lutte renforcée contre l'immigration irrégulière. À la frontière hispano-marocaine il fait l'objet d'une réglementation restrictive puisqu'il n'est pas ouvert aux réfugiés et demandeurs d'asile potentiels, aux mineurs et aux personnes malades qui arrivent en provenance du Maroc et d'Afrique subsaharienne. Le droit d'asile n'est pas effectif et ne protège pas les exilés des conséquences irréversibles d'un refoulement.

Le droit d'asile à la frontière se structure autour d'une procédure administrative accélérée divisée en deux temps et sous contrôle exclusif du ministre de l'Intérieur²²². L'exilé doit d'abord

²²¹ « Le droit d'asile est la protection dispensée aux nationaux non-communautaires et aux apatrides qui se sont vus reconnaître le statut de réfugié dans les termes de l'article 3 de cette loi, et de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 signée à Genève, et dans son Protocole signé à New-York le 31 janvier 1967 », Loi 12/2009, précitée, art. 2.

²²² Ley 12/2009, précitée, art. 21.

demander au ministre qu'il soit autorisé à demander l'asile. En cas de rejet le débouté dispose d'un délai de deux jours dès la notification de la décision pour demander son réexamen sur la base de nouveaux éléments²²³. L'issue de l'instruction se fonde sur une appréciation administrative des risques de persécution²²⁴, et c'est ensuite que l'exilé pourra savoir s'il est admis à pouvoir demander l'asile en Espagne. Le droit d'asile à la frontière espagnole n'est pas un droit direct puisqu'être autorisé à pouvoir demander l'asile ne veut pas dire demander l'asile. Qui plus est ce préalable fait peser un doute sérieux quant à l'appréciation des risques de persécution par le ministre compte tenu de la brièveté des délais ; ce qui peut aboutir à l'éloignement de la personne sans qu'elle n'ait pu contester les effets négatifs de la décision administrative devant le juge²²⁵ sachant que la procédure sur le bien-fondé de la demande d'asile n'a pas en soi de caractère suspensif²²⁶. Le droit d'asile dans la loi 12/2009 n'est pas un rempart contre le refoulement puisqu'il relève davantage de l'offre que de la garantie, et que le caractère administratif de la procédure ne permet pas la prééminence du droit.

²²³ Ley 12/2009, précitée, art. 21.4. Il paraît compliquer de réunir l'ensemble des preuves ou informations relatives à de nouveaux éléments dans un délai aussi court.

²²⁴ Ley 12/2009, précitée, art. 6.

²²⁵ En cas de rejet de sa demande d'asile, la personne peut former un recours contentieux contre la décision du Ministre, conformément à l'article 29.2 de la loi 12/2009 précitée, selon lequel « *lorsqu'un recours de contentieux administratif est introduit et que la suspension de l'acte attaqué est demandée, cette demande entre dans la catégorie des cas d'urgence particulière visés à l'article 135 de la loi n°29/1998 du 13 juillet 1998 sur la juridiction du contentieux administratif* », traduction tirée de l'affaire CourEDH, *A.C est autres c. Espagne*, req. n°6528/11, 22 avril 2014, § 63. En ce qui concerne la procédure contentieuse de l'article 135 de la loi n°29/1998 précitée: « *1. Lorsque les intéressés invoquent des circonstances d'urgence particulière, le juge ou le tribunal peut, sans audition de la partie adverse, par une décision [prise] dans un délai de deux jours : a) Estimer qu'il existe des circonstances d'urgence particulière justifiant d'adopter ou de refuser la mesure par la voie de l'article 130. Cette décision n'est pas susceptible de recours. (...) b) Estimer qu'il n'existe pas de circonstances d'urgence particulière et ordonner l'examen de la demande de mesures provisoires par la voie de l'article 131, auquel cas les intéressés ne pourront plus demander d'autres mesures prévues par le présent article* ».

²²⁶ « *Le caractère accéléré de la procédure n'a pas permis aux requérants d'apporter des précisions sur ces points, dans le cadre de leur seule possibilité de surseoir aux expulsions, la procédure quant au bien-fondé [de la demande d'asile] n'ayant pas en soi de caractère suspensif.* », CourEDH, *A.C est autres c. Espagne*, req. n°6528/11, 22 avril 2014, § 100.

2. *Le droit d'asile, un droit vidé de sa substance*

La fondamentalité substantielle du droit d'asile se structure autour de l'article 33.1 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés. Elle est théorique et illusoire puisque le droit d'asile n'est ni efficace ni effectif sans l'assise souhaitée dans la Constitution espagnole. Le juge constitutionnel s'éloigne de l'esprit de la Convention lorsqu'il s'attache à l'approche formelle de la fondamentalité du droit d'asile. Ce décalage illustre le dualisme qui existe entre le supranational et le droit interne et que le phénomène d'internationalisation du droit n'est pas si évidente. Sans prééminence du droit des réfugiés sur la loi, la construction normative du droit d'asile et du principe de non-refoulement est déficiente en droit espagnol. À cet égard la position du juge de l'Audience nationale (AN) est particulièrement éclairante²²⁷.

Le 15 avril 2014 Sept exilés ont été interceptés par les militaires espagnols en face du Maroc sur l'île du Congrès dans les îles Chafarinas. Débarqués sur l'îlot Isabel I, l'avocate de l'ONG Coordinadora de Barrios a saisi le Bureau de l'Asile et du Refuge²²⁸ pour la formalisation de sept demandes d'autorisation à pouvoir demander l'asile en Espagne en application de l'article 21.1 de la loi 12/2009²²⁹. L'administration refusa d'enregistrer leurs demandes d'asile. Ce refus constitua pour l'avocate une voie de fait puisque les migrants ont été privés d'exercer leur droit d'asile de manière arbitraire. Elle décida alors de saisir le juge de l'amparo judiciaire²³⁰ sur le fondement de l'article

²²⁷ Sentencia nº 63/2017, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección 4, Rec 106/2016 de 25 de Enero de 2017.

²²⁸ Traduction de 'Oficina de Asilo y Refugio'. Cette autorité administrative placée sous la tutelle du Ministère de l'Intérieur, est chargée de l'application des textes nationaux et supranationaux relatifs à la reconnaissance de la qualité de réfugié, d'apatride et à l'admission à la protection subsidiaire.

²²⁹ Cf. note n°82.

²³⁰ En l'espèce, il s'agit du juge central du contentieux administratif n°4 de Melilla.

114 de la loi 12/1998 sur le contentieux administratif²³¹ et 53.2 CE²³², au motif que la violation du droit d'asile constituait a fortiori une violation du droit à la vie des personnes de l'article 15 CE, ce dernier étant un droit fondamental constitutionnel au sens de l'article 53.2 CE.

Le juge de première instance rejeta la demande au motif que le droit invoqué ne constituait pas un droit fondamental. Les requérants décidèrent de faire appel de la décision devant l'Audience nationale.

En l'espèce, le juge rappela que la procédure spéciale de l'article 53.2 CE reprise dans l'article 114 de la loi 29/1998 sur le contentieux administratif a été instaurée pour réparer la violation des droits fondamentaux des articles 14 à 29 CE, c'est-à-dire de ceux qui relèvent de la légalité constitutionnelle²³³ et non de la légalité ordinaire. Étant donné que le droit d'asile est un droit qui relève de la loi, il échappe à la procédure spéciale des articles 53 CE et 114 de la loi 29/1998 précitée. Le juge de l'Audience nationale va encore plus loin en considérant que « la violation alléguée du droit à la vie de l'article 15 de la Constitution, est si générique et si indéterminée, qu'elle ne permet même pas d'établir les termes de sa violation présumée. Le manque de clarté dans l'identification du droit de protection spéciale qui aurait été violé, a déjà été mis en évidence dans l'arrêt de première instance (...); et nous constatons effectivement que ces carences s'entremêlent avec des questions relevant de la légalité ordinaire, lesquelles ne relèvent pas de cette procédure ».

Le juge écarta alors les arguments de l'avocat en calquant son analyse sur l'approche exclusivement formelle de la fundamentalité des droits fondamentaux du TC dans son arrêt 53/2002²³⁴. Le droit

²³¹ « *La procédure de protection judiciaire des libertés et des droits, prévue à l'article 53.2 de la Constitution espagnole, sera régie, dans l'ordre du contentieux administratif, par le présent chapitre et, pour tout ce qui n'est pas prévu dans celui-ci, par les normes générales de la présente loi.* », Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998, art. 114.1 (traduction personnelle).

²³² « *Tout citoyen pourra demander la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre deux devant les tribunaux ordinaires par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire et, le cas échéant, par le recours individuel de amparo devant le Tribunal Constitutionnel.* », Constitution espagnole, précitée, art. 53.2, extrait.

²³³ Sentencia n° 63/2017, précitée, FJ 3 *in fine*.

²³⁴ Pleno. Sentencia 53/2002, précitée.

d'asile est dans ce cas vidé de sa substance ; ce qui permet à l'administration d'expulser les exilés même s'ils sont des réfugiés ou des demandeurs d'asile potentiels.

La lecture espagnole du droit d'asile est non-conforme aux exigences du droit international puisque l'administration peut décider d'éloigner une personne sans évaluer les risques en cas de renvoi dans son pays d'origine.

Section 2 - Sur leur différenciation

L'accès aux droits des personnes est un gage contemporain de la société démocratique indissociable du droit d'obtenir « la protection effective des juges et des tribunaux espagnols pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas cette protection puisse lui être refusée »²³⁵. À la frontière sud espagnole, ce n'est pas le territoire qui conditionnent l'accès aux droits et au juge, mais les choix stratégiques en matière de frontières et de lutte contre la migration illégale des autorités (I). Pour l'administration la territorialité du droit serait dans ce cas un principe muable, y compris pour l'autorité judiciaire (II).

²³⁵ Constitution espagnole, précitée, art. 24, extrait.

I. La gestion policière de la frontière méridionale de l'Espagne

La Garde civile est chargée de surveiller les frontières²³⁶ en empêchant son franchissement non autorisé d'une part, en expulsant les exilés d'autre part. Les moyens mis en oeuvre pour prévenir les risques de la migration irrégulière ont provoqué un renforcement du blindage frontalier particulièrement dissuasif (A), et difficilement surmontable pour ceux qui souhaitent se réfugier en Espagne (B).

²³⁶ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, précitée, art. 12.1. B) d).

A. La politique du blindage frontalier

Le blindage frontalier à Ceuta et Melilla décidé par les dirigeants espagnols est un dispositif qui s'inscrit dans un contexte territorial particulier puisque ces enclaves sont les deux portes d'entrée dans l'UE depuis le Maroc (1). Sa surveillance est continue compte tenu des arrivées croissantes d'exilés à la frontière et génère des pratiques abusives dont la violence policière (2).

1) Le contexte

Les déséquilibres mondiaux engendrés par les crises qui ont succédé les attentats du 11 septembre 2001, n'ont pas été sans conséquence sur la manière de concevoir la sécurité et la frontière. Selon HERVIEU, « chaque nouveau soubresaut terroriste, avec son lot d'indicibles horreurs, nourrit le mouvement insatiable de restriction des libertés au nom d'impératifs sécuritaires »²³⁷. À l'échelle de l'UE, ces impératifs ont été immédiatement relayés pour décider collectivement comment faire face à la menace terroriste.

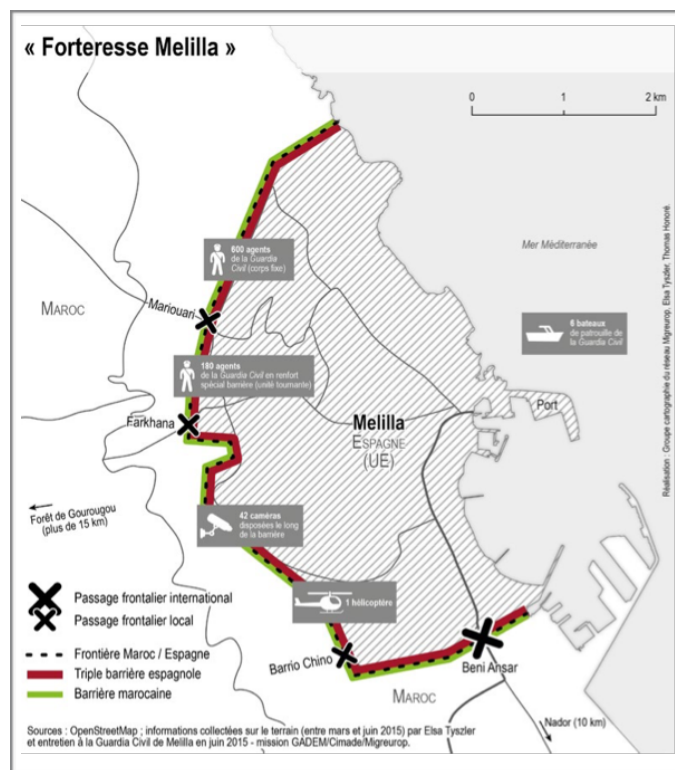
Neuf jours après les attentats, les ministres de l'Intérieur et de la Justice des États membres ont considéré que des mesures aux frontières devaient être prises dont le renforcement des contrôles au niveau des États qui sont aux frontières extérieures tel que prévu à l'article 2§3 de la Convention d'application de l'Accord Schengen²³⁸. L'objectif étant de prévenir les risques que pourraient provoquer les mouvements de population résultant des tensions suite aux attaques contre les États-

²³⁷ Selon N. HERVIEU, « Depuis de nombreuses années, chaque nouveau soubresaut terroriste, avec son lot d'indicibles horreurs, nourrit le mouvement insatiable de restriction des libertés au nom d'impératifs sécuritaires », in *Daloz.Actualité*, « Présidentielle 2017: une élection menaçante pour un État de droit affaibli, édition du 28 avril 2017 ».

²³⁸ Session extraordinaire du Conseil JAI, C/01/327, Bruxelles, le 20 septembre 2001, 12019/01 (Presse 327); Session extraordinaire du Conseil Justice et Affaires Intérieures, *Lutte contre le terrorisme - Conclusions 4*, C/01/327 Bruxelles, le 20 septembre 2001.

Unis²³⁹. Pour la Commission européenne les États devaient exercer aux frontières extérieures un contrôle pour enrayer l’immigration irrégulière et détecter avec précision les filières criminelles et les risques terroristes²⁴⁰. Ce contexte est à l’origine du renforcement des contrôles et de la surveillance de la frontière méridionale espagnole.

La frontière sud est une interface territoriale sous tension qui nécessite un déploiement policier important pour empêcher les percées quotidiennes de nombreux exilés d’Afrique subsaharienne en provenance du Maroc. Les autorités espagnoles ont alors opté pour un dispositif anti-intrusif facilement identifiable:



Migreurop, « Ceuta et Melilla, centres de tri à ciel ouvert aux portes de l’Afrique », Rapport conjoint, Décembre 2015, p.28.

²³⁹ Session extraordinaire du Conseil Justice et Affaires Intérieures, *Lutte contre le terrorisme* - Conclusions 4, C/01/327 Bruxelles, le 20 septembre 2001.

²⁴⁰ « *At Tampere, the European Council has required the Union to develop common policies on asylum and immigration, while taking into account the need for a consistent control of external borders to stop illegal immigration and to combat those who organise it. Border controls must in particular respond to the challenges of an efficient fight against criminal networks, of trustworthy action against terrorist risks and of creating mutual confidence between those Member States which have abandoned border controls at their internal frontiers.*», COM(2001) 672 final, 15.11.2001, p. 25.

Les barrières - plus connues sous le nom des « vallas »²⁴¹ - sont une résistance institutionnelle à l'exil. Du côté de Melilla, 600 agents de la Garde civile sont déployés sur tout le long de l'espace frontière pour empêcher l'entrée des ressortissants en provenance d'Afrique subsaharienne qui, selon les autorités, sont des migrants économiques et pas des réfugiés ou des demandeurs d'asile potentiels²⁴², alors que les violations massives et flagrantes des droits fondamentaux en Afrique occidentale sont à leur paroxysme. Mais il ne revient pas aux agents de la Garde civile d'effectuer ce tri des exilés mais au Bureau de l'asile et du refuge près le ministre de l'intérieur²⁴³, seule autorité compétente pour déclarer tel exilé comme nécessitant une protection après le dépôt d'une demande d'asile. Elle doit seulement garantir l'accès au droit d'asile avec neutralité et impartialité absolues²⁴⁴.

Le blindage frontalier permet le tri des exilés en se fondant sur des éléments extra-juridiques qui relèvent de l'opérationnel. Il couvre des pratiques hermétiques qui privent les exilés d'Afrique subsaharienne d'un droit d'entrée sur le territoire espagnol pour y demander la protection vu la radica-

²⁴¹ « Selon la GC de Melilla, les méthodes de protection des frontières ont beaucoup changé. (...) Notre frontière au départ, il y a quarante ans, n'était qu'une ligne dessinée sur le sol, comme entre la France et l'Espagne. Ensuite, un petit grillage a été mis en place. Ce n'était pas un problème, car en plus, le grillage était discontinu, le passage était donc aisé entre Beni Ansar et Melilla (...) Selon le directeur du CETI de Melilla, « à partir de 1991-1992, arrivent les migrants subsahariens, c'est-à-dire au moment où les anciens pays colonisateurs bloquent l'accès à l'Europe, via la généralisation des visas. La première barrière à Melilla est ainsi construite en 1997 ». Plus tard, « quand la grande immigration est arrivée, un peu avant 2005, a été mis en place un obstacle : une barrière double de trois mètres avec du barbelé à lames tranchantes, mais les migrants la cassaient chaque jour. Ensuite, elle est montée à six mètres et on a atteint un résultat qui nous fait tous honte » raconte la GC de Melilla. En 2007, le barbelé à lames tranchantes a été enlevé du fait des graves lésions qu'elles produisaient. C'est à ce moment-là que la troisième barrière est construite. Plus tard, en 2013, du barbelé à lames tranchantes est à nouveau installé sur les barrières ». Rapport Migreurop, Ceuta et Melilla, centres de tri à ciel ouvert aux portes de l'Afrique, Rapport conjoint, Décembre 2015, pp. 24 et 25. Aujourd'hui, la vallas est composée d'une barrière de six mètres, une de trois mètres, puis une autre de six mètres;

²⁴² « D'après la Guardia civil, la question se résume surtout au fait que 'les Subsahariens sont des migrants économiques' et non pas des demandeurs d'asile. Il a en e et été marquant lors de l'entre en d'entendre dire de la part de la Guardia civil que 'les migrants d'origine subsaharienne franchissent les grillages, car ce ne sont pas des demandeurs d'asile, sinon ils se présenteraient au bureau asile à la frontière', comme si l'accès aux bureaux leur était aisé. », Rapport Migreurop de décembre 2015, précité, p. 50.

²⁴³ Ley 12/2009, de 30 de octobre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, précitée, art. 23.1.

²⁴⁴ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, *de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, précitée, art. 5.1. b).

lisation du contrôle policier exercée par la Garde civile. Le cadre coercitif institutionnel et policier mis en place à la frontière hispano-marocaine est disproportionné²⁴⁵.

2) En pratique

Nombreuses sont les associations²⁴⁶ et organisations qui dénoncent les renvois injustifiés couverts par la loi 4/2015, ainsi que les violences policières subies par les exilés interceptés dans le blindage frontalier de Ceuta et de Melilla. Mais comment dénoncer ces actes sans accès à l'autorité judiciaire espagnole ? Comment contester le refoulement au Maroc si la loi l'autorise ? Même si le droit espagnol reconnaît le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux espagnols²⁴⁷, la configuration du système anti-intrusif et des opérations de renvois empêchent les exilés d'y accéder. À cet égard, la requête introduite par un exilé contre l'Espagne le 13 avril 2015 devant la CourEDH est révélatrice de cette perte des droits²⁴⁸.

Le requérant est d'origine camerounaise. Il quitta son pays en 2011 pour rejoindre le Maroc. Dès son arrivée, il tenta de franchir la frontière hispano-marocaine afin de rejoindre Melilla. Il fut intercepté puis refoulé au moins six fois par la Garde civile. Le 15 octobre 2014, il traversa le poste

²⁴⁵ « Les gardes-frontières respectent pleinement la dignité humaine dans l'exercice de leurs fonctions, notamment dans les cas qui impliquent des personnes vulnérables. Toutes les mesures prises dans l'exercice de leurs fonctions sont proportionnées aux objectifs poursuivis. 2. Lors des vérifications aux frontières, les gardes-frontières n'exercent envers les personnes aucune discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. », Règlement (UE) n° 2016/399, précité, art. 7.

²⁴⁶ C'est le cas notamment de Prodein Melilla (<https://encuentromelillafronterasur.wordpress.com>), Haraga Melilla (<https://harragamelilla.wordpress.com>), Melilla frontera sur (<http://melillafronterasur.blogspot.fr>), ASPA (<http://aspaandalucia.org/tag/melilla/>), SOS Racismo (<https://sosracismo.eu>)

²⁴⁷ « Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas cette protection puisse lui être refusée. De même, tous ont droit au juge ordinaire déterminé préalablement par la loi, de se défendre et de se faire assister par un avocat, d'être informés de l'accusation portée contre eux, d'avoir un procès public sans délais indus et avec toutes les garanties, d'utiliser les preuves pertinentes pour leur défense, de ne pas déclarer contre eux-mêmes, de ne pas s'avouer coupables et d'être présumés innocents. », Constitution espagnole, précitée, art. 24.

²⁴⁸ CourEDH, Req. n° 9420/15 *Albert Julio DOUMBE NNABUCHI contre l'Espagne* introduite le 13 avril 2015, Communiquée le 14 décembre 2015.

frontière de Melilla à Villa Pilar, « caractérisé par trois clôtures successives, les deux extérieures de 6 mètres de hauteur et celle de l'intérieur de 3 mètres de hauteur »²⁴⁹.

À hauteur de la deuxième clôture, le requérant et d'autres exilés grimperent avec lui cette même clôture et auraient été gazés à la lacrymogène par la police espagnole. Au moment de redescendre, il aurait été frappé « à coup de matraque, dans les jambes, les bras et les côtes. Un autre garde civil portant un bonnet noir s'approcha de l'endroit où le requérant se trouvait et le frappa au genou (...) Le requérant reçut ensuite un coup de matraque dans la main et tomba par terre d'une hauteur de deux mètres. Il resta inconscient. Il fut menotté et poussé par terre, transporté en l'air à l'horizontal, posé de nouveau par terre et placé sur le bord de la route. Ensuite, toujours inconscient, le requérant fut redressé et soutenu par le dos à l'aide d'une matraque, de nouveau mis à terre et redressé à deux reprises, la tête soutenue entre les mains d'un garde civil pour qu'elle ne reste pas suspendue, et amené en l'air par plusieurs gardes civiles qui le remirent entre les mains de la police marocaine »²⁵⁰.

En sus des violences manifestement disproportionnées, le requérant n'a pas pu demander l'asile, ni être assisté par un avocat, ni présenter un recours devant le juge pénal pour dénoncer le comportement des forces de l'ordre, et devant le juge du contentieux administratif pour présenter les motifs qui militaient contre son expulsion.

²⁴⁹ « Selon la GC de Melilla, les méthodes de protection des frontières ont beaucoup changé. (...) Notre frontière au départ, il y a quarante ans, n'était qu'une ligne dessinée sur le sol, comme entre la France et l'Espagne. Ensuite, un petit grillage a été mis en place. Ce n'était pas un problème, car en plus, le grillage était discontinu, le passage était donc aisé entre Beni Ansar et Melilla (...) Selon le directeur du CETI de Melilla, « à partir de 1991-1992, arrivent les migrants subsahariens, c'est-à-dire au moment où les anciens pays colonisateurs bloquent l'accès à l'Europe, via la généralisation des visas. La première barrière à Melilla est ainsi construite en 1997 ». Plus tard, « quand la grande immigration est arrivée, un peu avant 2005, a été mis en place un obstacle : une barrière double de trois mètres avec du barbelé à lames tranchantes, mais les migrants la cassaient chaque jour. Ensuite, elle est montée à six mètres et on a atteint un résultat qui nous fait tous honte » raconte la GC de Melilla. En 2007, le barbelé à lames tranchantes a été enlevé du fait des graves lésions qu'elles produisaient. C'est à ce moment-là que la troisième barrière est construite. Plus tard, en 2013, du barbelé à lames tranchantes est à nouveau installé sur les barrières ». Migreurop, Rapport de décembre 2015, précité, pp. 24 et 25.

²⁵⁰ CourEDH, Req. n° 9420/15, précitée, § 4.

Dès son arrivée au Maroc il fut conduit à Fez où il n'a pas pu bénéficier des soins. Il fut conduit par d'autres exilés au camp informel de Mont Gourougou près de la frontière côté marocain. Le côté droit de son corps était paralysé ainsi que le côté postérieur gauche de la tête²⁵¹.

Les questions posées au Gouvernement dans le cadre de cette affaire sont porteuses des mêmes inquiétudes que celles du rapport du CPT en date du 9 avril 2015, relatif à sa visite en Espagne effectuée en juillet 2014²⁵². Quatre observations méritent d'être développées.

Premièrement, la configuration des contrôles dans le blindage frontalier entraîne des violences qui, sous l'angle de l'article 3 ConvEDH, peuvent s'analyser comme des traitements inhumains et dégradants. En l'espèce, le recours disproportionné à la force et la paralysie causée sont deux faits particulièrement graves qui font griefs au requérant. Tel est le sens de la question posée par la Cour au Gouvernement: « le requérant a-t-il été soumis, en violation de l'article 3 de la Convention, à des traitements inhumains ou dégradants par des agents de la Garde civile lors de sa descente de la clôture de Melilla ? »²⁵³.

Deuxièmement, l'arrestation du requérant est une mesure de sûreté qui doit répondre aux exigences des articles 17 de la Constitution²⁵⁴ et 60 de la loi 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers²⁵⁵. Cela signifie qu'il aurait dû être informé immédiatement et d'une façon qui lui soit compréhensible, des raisons qui motivent son renvoi au Maroc, et bénéficier des garanties juridiques prévues à

²⁵¹ CourEDH, Req. n° 9420/15, précitée, § 5 *in fine*.

²⁵² CourEDH, Req. n° 9420/15, précitée, § 8.

²⁵³ CourEDH, Req. n° 9420/15, précitée, *Questions aux parties*, point 1, p. 5.

²⁵⁴ « Toute personne détenue doit être informée immédiatement, et d'une façon qui lui soit compréhensible, de ses droits et des raisons de sa détention et ne peut pas être obligée à faire une déclaration. L'assistance d'un avocat est garantie au détenu dans les enquêtes policières ou les poursuites judiciaires, dans les termes établis par la loi. La loi définira une procédure d'habeas corpus pour mettre immédiatement à disposition judiciaire toute personne détenue illégalement. De même, la loi déterminera la durée maximale de la prison provisoire. », Constitution espagnole, précitée, art. 17. 3 et 4.

²⁵⁵ LO 4/2000 *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, précitée, art. 60, précité. Cet article traite du régime applicable lorsqu'un refus d'entrée est opposé à l'étranger. Le refus d'entrée est un acte administratif contestable devant le juge du contentieux administratif. Si l'éloignement n'a pas été exécuté dans les 72 heures, l'autorité administrative doit saisir le juge d'instruction territorialement compétent, lequel décidera de son placement en rétention. Dans le cadre de la procédure, l'étranger peut être assisté d'un avocat et d'un interprète.

cet effet²⁵⁶. Mais la procédure de droit commun applicable en matière d'interpellation et d'éloignement à la frontière, ne l'est plus à Ceuta et Melilla²⁵⁷, laquelle pose un problème sous l'angle de l'article 5 §§ 1 f) et 2²⁵⁸.

Troisièmement, le requérant a été remis aux forces marocaines avec d'autres exilés en tant que groupe, sans examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun d'entre eux. En application de la jurisprudence N.D et N.T de la CourEDH, il pourrait s'agir d'une expulsion collective²⁵⁹ prohibée par l'article 4 du Protocole n°4 à la ConvEDH²⁶⁰, dans la mesure où la remise s'est effectuée de façon sommaire et sans identification préalable des exilés qui formaient le groupe.

Enfin, le refoulement immédiat du requérant a été exécuté sans droit à un recours effectif tel que prévu aux articles 24 de la Constitution²⁶¹ et 20 à 23 de la loi 4/2000 précitée²⁶². Cela signifie que le régime spécial applicable à Ceuta et Melilla ne lui permet pas de contester l'expulsion dont il a été victime et d'expliquer devant une juridiction nationale les raisons pour lesquelles son renvoi au Maroc l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3. Il paraît alors légitime que la Cour de

²⁵⁶ Même si l'étranger n'est pas autorisé à entrer, ce dernier peut contester l'acte portant refus d'entrée sur le territoire espagnol. Car il bénéficie des garanties juridiques du Chapitre III du Titre I de la loi 4/2000 précitée. Il s'agit du droit à un recours effectif (art. 20), du droit à un recours contre les actes administratifs (art. 21) et du droit à l'assistance juridique gratuite (art. 22).

²⁵⁷ Pour rappel, « *les étrangers détectés dans les lignes de démarcation territoriale de Ceuta ou Melilla en train d'essayer de franchir les éléments de contention frontaliers pour traverser la frontière de façon irrégulière pourront être refoulés dans le but d'empêcher leur entrée illégale en Espagne.* », LO 4/2015, précitée, disposición final primera, Régimen especial de Ceuta y Melilla, point n°1.

²⁵⁸ « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : (...) f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. 2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. », ConvEDH, précitée, art. 5 §§ 1 f) et 2. La question posée au Gouvernement dans l'affaire est la suivante: « *Le requérant a-t-il été arrêté en violation de l'article 5 §§ 1 f) et 2 de la Convention ?* », CourEDH, Req. n° 9420/15, précitée, *Questions aux parties*, point 2, p. 5.

²⁵⁹ Sur la définition de l'expulsion collective au sens de l'article 4 du Protocole 4 à la ConvEDH, se référer à l'arrêt *Khlaifia et autres c. Italie* [GC], n° 16483/12, §§ 237 et suivants.

²⁶⁰ Pour rappel, « *les expulsions collectives d'étrangers sont interdites* », Protocole n°4 à la ConvEDH, précité, art. 4.

²⁶¹ « *Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas cette protection puisse lui être refusée.* », Constitution espagnole, précitée, art. 24.1, précité.

²⁶² Voir note de bas de page n° 273.

mande au Gouvernement si l'intéressé a eu accès à un recours effectif devant une instance nationale garanti par l'article 13 de la Convention pour faire valoir ses droits garantis par les articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n°4²⁶³.

Même si le blindage frontalier est une réponse espagnole au contexte des frontières, l'État n'est pas dispensé de prendre des mesures positives pour assurer l'applicabilité des droits fondamentaux reconnus aux exilés. En dépit du régime d'exception applicable à Ceuta et Melilla, il incombe aux autorités de garantir le principe de non-refoulement et les garanties juridiques inhérentes à sa sauvegarde. C'est un gage de l'état de droit au titre des engagements pris par l'Espagne dans le domaine des droits fondamentaux²⁶⁴.

²⁶³ CourEDH, Req. n° 9420/15, précitée, *Questions aux parties*, point 4, p. 5.

²⁶⁴ CourEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n°6289/73, §§ 24 et 25.

B. Les dérogations impérieuses portées au système de l'asile à Ceuta et Melilla

La sécurité des frontières espagnoles se structure autour de deux mesures opérationnelles. Le blindage frontalier fait barrage aux exilés en provenance d'Afrique subsaharienne et le régime spécial de Ceuta et Melilla permet à la Garde civile de les refouler au Maroc sans qu'ils aient eu connaissance des raisons précises de ce refus²⁶⁵. La sécurité des frontières envisagée par les autorités espagnoles entrave l'application intégrale et globale du système européen commun d'asile²⁶⁶, dans la mesure où c'est le caractère sommaire de la procédure d'expulsion applicable à Ceuta et Melilla qui compromet l'exercice des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique interne et de l'UE.

En tant qu'État partie à la Convention de Genève et membre de l'UE, l'Espagne a une obligation de sauvegarde du principe de non-refoulement sauf s'il existe des raisons sérieuses de considérer que l'exilé est une menace pour la sécurité de l'Espagne, ou qu'il constitue une menace pour la société espagnole due à une condamnation en dernier ressort pour un crime particulièrement grave²⁶⁷. Ce-

²⁶⁵ Pourtant, « 2. L'entrée ne peut être refusée qu'au moyen d'une décision motivée indiquant les raisons précises du refus. La décision est prise par une autorité compétente habilitée à ce titre par le droit national. Elle prend effet immédiatement. (...) 3. Les personnes ayant fait l'objet d'une décision de refus d'entrée ont le droit de former un recours contre cette décision. Les recours sont formés conformément au droit national. Des indications écrites sont également mises à la disposition du ressortissant de pays tiers en ce qui concerne des points de contact en mesure de communiquer des informations sur des représentants compétents pour agir au nom du ressortissant de pays tiers conformément au droit national. L'introduction d'un tel recours n'a pas d'effet suspensif à l'égard de la décision de refus d'entrée. », Règlement (UE) n° 2016/399, précité, art. 14.

²⁶⁶ « le système européen commun d'asile est fondé sur l'application intégrale et globale de la convention de Genève et l'assurance que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté. Le respect de la convention de Genève et du protocole de 1967 est prévu à l'article 18 de la charte et à l'article 78 TFUE. », CJUE, 21 novembre 2011, N. S. (C-411/10) contre Secretary of State for the Home Department et M. E. (C-493/10), point 75.

²⁶⁷ « 1. Les États membres respectent le principe de non-refoulement en vertu de leurs obligations internationales. 2. Lorsque cela ne leur est pas interdit en vertu des obligations internationales visées au paragraphe 1, les États membres peuvent refouler un réfugié, qu'il soit ou ne soit pas formellement reconnu comme tel: a) lorsqu'il y a des raisons sérieuses de considérer qu'il est une menace pour la sécurité de l'État membre où il se trouve; ou b) lorsque, ayant été condamné en dernier ressort pour un crime particulièrement grave, il constitue une menace pour la société de cet État membre. », Directive 2011/95/UE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), JOUE L 337/9 du 20.12.2011, art. 21, extrait.

pendant les dérogations légales portées au principe de non-refoulement visent toutes les personnes interceptées dans le blindage frontalier, les plaçant dans une situation d'insécurité juridique manifeste et sans possibilité de s'en prévaloir devant le juge espagnol. La Convention de Genève relative au statut des réfugiés a dans ce cas un caractère subsidiaire. En dépit de la fermeture de la frontière sud de l'Espagne par le Gouvernement, la protection concrète et non illusoire des droits fondamentaux doit être assurée pour tous ceux qui sont sur le territoire et/ou placés sous la juridiction espagnole.

La territorialité des droits fondamentaux ne devrait pas être modulable selon les circonstances. Au contraire elle s'impose aux pouvoirs publics parce qu'elle fonde l'immutabilité de l'ordre juridique. Donc pourquoi cette mise à mal du principe de non-refoulement à Ceuta et Melilla? Dans les faits, l'Espagne récuse le droit d'entrer des exilés sur son territoire pour prétendre à la protection internationale²⁶⁸, et leur expulsion immédiate entraîne la perte des droits consacrés par le droit constitutionnel et le droit supranational.

L'Espagne a l'obligation d'enregistrer et d'examiner les demandes de protection internationale présentées par un ressortissant de pays tiers ou par un apatride à la frontière²⁶⁹, y compris s'il l'a franchie sans y avoir été autorisé. Compte tenu des arrivées récurrentes de migrants et pour éviter l'engorgement des demandes d'asile à la frontière, le législateur de l'UE est parvenu à un com-

²⁶⁸ « Le présent règlement s'applique à toute personne franchissant les frontières intérieures ou extérieures d'un État membre, sans préjudice: (...) b) des droits des réfugiés et des personnes demandant une protection internationale, notamment en ce qui concerne le non-refoulement. », Règlement (UE) n°2016/399, précité, art. 3. b); « Lorsqu'ils appliquent le présent règlement, les États membres agissent dans le plein respect des dispositions pertinentes (...) du droit international applicable, dont la convention relative au statut des réfugiés, conclue à Genève le 28 juillet 1951 (...), des obligations liées à l'accès à la protection internationale, en particulier le principe de non-refoulement (...). », Règlement (UE) n°2016/399, précité, art. 4, précité, extrait; « Les ressortissants de pays tiers qui ne remplissent pas une ou plusieurs des conditions énoncées au paragraphe 1 peuvent être autorisés par un État membre à entrer sur son territoire pour des motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison d'obligations internationales. », Règlement (UE) n°2016/399, précité, art. 6.5. c).

²⁶⁹ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), JOUE L 180/31 du 29.6.2013, art. 3.1.

promis en réduisant le délai d’instruction de la demande via la procédure d’examen dite ‘accélérée’²⁷⁰. En effet, le délai pour statuer sur une demande est de quatre semaines²⁷¹ dès l’introduction de la demande, et sans préjudice d’un examen approprié et exhaustif²⁷². Cela signifie qu’un exilé interpellé par la Garde civile dans le blindage frontalier devrait avoir la possibilité concrète d’introduire une demande d’asile avant son expulsion au Maroc²⁷³. Les autorités pourraient ainsi le placer au centre de séjour temporaire pour migrants²⁷⁴ déjà existants à Ceuta ou Melilla. En revanche elles ne pourraient pas le placer en rétention au seul motif qu’il souhaite demander d’asile en application de l’article 8.1 de la directive 2013/33/UE²⁷⁵. L’accès des exilés à la procédure d’asile à Ceuta et Melilla est tout à fait réalisable dès lors que plusieurs moyens procéduraux s’offrent à l’État pour que son dispositif interne garantisse le droit de demander l’asile à sa frontière de manière concrète et non illusoire.

La procédure accélérée en matière d’asile implique a minima un contrôle obligatoire du juge tant sur la recevabilité que sur le fond de la demande de protection formulée la frontière²⁷⁶, confor-

²⁷⁰ « Les États membres peuvent décider, dans le respect des principes de base et des garanties fondamentales visés au chapitre II, d’accélérer une procédure d’examen et/ou de mener cette procédure à la frontière ou dans les zones de transit conformément à l’article 43 lorsque: (...)le demandeur est entré ou a prolongé son séjour illégalement sur le territoire de l’État membre (...) », Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l’octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), JOUE L 180/60 du 29.6.2013. art. 31.8. h), extrait.

²⁷¹ « Les États membres veillent à ce que toute décision dans le cadre des procédures prévues au paragraphe 1 soit prise dans un délai raisonnable. Si aucune décision n’a été prise dans un délai de quatre semaines, le demandeur se voit accorder le droit d’entrer sur le territoire de l’État membre afin que sa demande soit traitée conformément aux autres dispositions de la présente directive. », Directive 2013/32/UE, précitée, art. 43.2.

²⁷² « Les États membres veillent à ce que la procédure d’examen soit menée à terme dans les meilleurs délais, sans préjudice d’un examen approprié et exhaustif. », Directive 2013/32/UE, précitée, art. 31.2.

²⁷³ « Les États membres veillent à ce que les personnes qui ont présenté une demande de protection internationale aient la possibilité concrète de l’introduire dans les meilleurs délais. », Directive 2013/32/UE, précitée, art. 6.2, extrait.

²⁷⁴ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE núm. 103, de 30/04/2011, arts. 264 à 266.

²⁷⁵ « Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu’elle est un demandeur (...) », Directive 2013/33/UE, précitée, art. 8.1, extrait.

²⁷⁶ Directive 2013/32/UE, précitée, art. 43. 1 points a) et b). À cet égard, l’article 106.1 de la Constitution espagnole dispose que « les tribunaux contrôlent le pouvoir réglementaire et la légalité de l’action administrative, ainsi que la soumission de celle-ci aux fins qui la justifient ».

mément au principe de protection juridictionnelle de l'article 47 CDFUE²⁷⁷, de manière à « vérifier le bien-fondé des motifs qui ont conduit [l']autorité administrative à considérer la demande comme infondée ou abusive »²⁷⁸. Le juge devrait être au coeur du dispositif compte tenu de la brièveté et du caractère administratif de la procédure, pour protéger les demandeurs d'asile contre l'excès de pouvoir du ministre de l'Intérieur.

L'accès à la procédure et le droit à un recours effectif constituent deux garanties juridiques indispensables à la mise en oeuvre de la Convention de Genève contre le refoulement.

²⁷⁷ « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. », CDFUE, précitée, art. 47 § 1; « Il s'ensuit que les caractéristiques du recours prévu à l'article 46 de la directive 2013/32 doivent être déterminées en conformité avec l'article 47 de la Charte, qui constitue une réaffirmation du principe de protection juridictionnelle effective. », CJUE, 17 décembre 2015, *Tall*, C-239/14, point 51.

²⁷⁸ « L'objectif de la directive 2005/85 consiste à établir un cadre commun des garanties permettant d'assurer le plein respect de la convention de Genève et des droits fondamentaux. Le droit à un recours effectif constitue un principe fondamental du droit de l'Union. Afin que l'exercice de ce droit soit effectif, il faut que le juge national puisse vérifier le bien-fondé des motifs qui ont conduit l'autorité administrative compétente à considérer la demande de protection internationale comme infondée ou abusive, sans que ceux-ci bénéficient d'une présomption irréfragable de légalité. C'est également dans le cadre de ce recours que le juge national saisi de l'affaire doit vérifier si la décision d'examiner une demande d'asile dans le cadre d'une procédure accélérée a été adoptée dans le respect des procédures et des garanties fondamentales prévues au chapitre II de la directive 2005/85, ainsi que le prévoit l'article 23, paragraphe 4, de celle-ci. », CJUE, 28 juillet 2011, *Samba Diouf*, C-69/10, point 61. La directive 2005/85 /85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, est celle qui précède la directive 2013/32/UE précitée.

II. L'office du juge contre la fragmentation de la territorialité des droits fondamentaux des exilés à la frontière sud de l'Espagne

La surveillance et le contrôle des frontières doivent s'effectuer dans le cadre de la Constitution et du respect de la prééminence du droit pour lutter contre la négligence du pouvoir réglementaire. L'objectif poursuivi par l'état de droit est effectivement la sanction de la puissance publique dès lors qu'elle manque à ses obligations. Concernant le cas particulier des frontières, l'enjeu du contrôle de l'administration est double.

Premièrement le contrôle doit porter sur la légalité des décisions du Ministre de l'intérieur en matière d'asile et d'expulsion. Deuxièmement, le contrôle doit également s'exercer sur la proportionnalité du recours à la force des agents de la Garde civile dans le blindage frontalier de Ceuta et Melilla. Le cadre normatif espagnol y est favorable en cas de violations manifestement graves et illégales aux droits fondamentaux des exilés. Cependant l'action du juge national est limitée quand il s'agit de prévenir ou de sanctionner la non-applicabilité du droit international des réfugiés à Ceuta et Melilla (A). La solution reste la CourEDH pour forcer l'Espagne à rétablir la territorialité des droits fondamentaux à sa frontière sud (B).

A. Le refoulement des exilés : une contrainte illégitime

En tant que prérogatives de puissance publique, l'expulsion forcée est une violence légitime exercée par le Ministre de l'Intérieur sur les exilés. Consacré dans la loi sur les étrangers²⁷⁹, le renvoi des migrants à la frontière est une mesure de police administrative exécutée par la Garde civile, facilité par le détachement croissant au droit d'asile et son corollaire le principe de non-refoulement (1). Les décisions prises par l'administration espagnole en matière d'éloignement échappent aux impératifs internationaux existants en matière de reconduite à la frontière des exilés. Pourtant les pouvoirs publics espagnols sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique²⁸⁰, lesquelles consacrent la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part²⁸¹ (2).

1) Une pratique légale mais illégitime

Le refoulement injustifié est un comportement délibérément arbitraire de l'administration contraire à la légalité internationale. Il équivaut à un renoncement du Ministre de l'intérieur au respect de la prééminence du droit dans l'exécution de ses missions. Pour le juge constitutionnel une telle action correspondrait à « une déviation du pouvoir de l'exécutif »²⁸². Cependant on ne saurait reprocher au Ministre de l'intérieur et à la Garde civile le refoulement des exilés à Ceuta et Melilla

²⁷⁹ LO 4/2000, précitée, arts. 57, 58, 60 et 64.

²⁸⁰ « 1. Les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique. », Constitution espagnole, précitée, art. 9.1.

²⁸¹ « 3. La Constitution garantit (...) la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part. », Constitution espagnole, précitée, art. 9.3.

²⁸² STC 71/1993, de 1 de marzo, BOE núm. 78 de 01 de Abril de 1993, FJ 10, § 11.

dans la mesure où elles procèdent de la loi. Dans ce cas ces expulsions ne peuvent pas dans ce cas constituer une action arbitraire telle que visée dans l'article 9.3 de la Constitution²⁸³.

Le droit national non seulement couvre une pratique formellement interdite par le droit supranational mais encourage sa standardisation à Ceuta et Melilla. Cette disposition est illégitime par son détachement du « vivre ensemble » visé par le constituant²⁸⁴, et par « la reconnaissance croissante du caractère fondamental de la Convention et du Protocole pour la protection des réfugiés »²⁸⁵. Il s'agit ici d'une distorsion inquiétante du principe de non-refoulement d'une part, puis de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants d'autre part, sans que le juge soit en mesure de réagir dans le cadre d'un recours d'amparo lui permettant de statuer à bref délai sur les décisions prises par le Ministre de l'Intérieur à l'encontre des exilés.

2) *Un basculement vers l'impunité*

L'application du régime de Ceuta et Melilla rend inefficace et sans portée les obligations du droit international des réfugiés et des droits de l'homme dès lors qu'aucune mesure appropriée ne peut être prise contre le Ministre de l'intérieur afin que sa responsabilité soient engagée, jugée, et condamnée par des sanctions appropriées²⁸⁶. L'absence de la mise en cause de la responsabi-

²⁸³ Voir note de bas de page n° 303.

²⁸⁴ Constitution espagnole, précitée, Préambule, précité.

²⁸⁵ Convention de Genève relative au statut des réfugiés, précitée, note introductive du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, § 11; Cycles de conférences « *Violence politique et justice transitionnelle* », Institut Universitaire Varenne, le 11 mai 2015, Bayonne. L'ONG Prodein représentée par J. PALAZON, a pu présenter son travail de plaidoyer et de lutte contre l'impunité aux frontières, au campus de la Faculté de Bayonne. Au moyen de vidéo-enregistrements, ce dernier a dénoncé la violence 'politique' exercée à la frontière hispano-marocaine sous le regard silencieux des institutions de l'UE. Le programme est consultable sur le site: <http://www.fondationvarenne.com/diffusion-de-la-connaissance/manifestations-scientifiques>), J. PALAZON a témoigné de la violence politique du refoulement à cette même frontière. Pour plus de détails sur l'ONG Prodein: www.prodein.org

²⁸⁶ F. ANDREU-GUZMAN (Représentant de l'Amérique latine devant la CIJ, expert en droit international des droits de l'homme), (2008). Impunité et droit international: Quelques réflexions historico-juridiques sur la lutte contre l'impunité. *Mouvements*, 53,(1), 54-60, § 21.

lité civile, administrative ou disciplinaire des autorités répond à la définition de l'impunité selon JOINET « en ce qu'[elles] échappent à toute enquête tendant à permettre leur mise en accusation, leur arrestation, leur jugement et, s'ils sont reconnus coupables, leur condamnation à des peines appropriés, y compris à réparer le préjudice subi par leurs victimes »²⁸⁷. La reconnaissance d'une responsabilité notamment administrative et disciplinaire des autorités espagnoles contre le mépris du principe de non-refoulement et de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants devrait être envisagée.

La disposition sur le régime spécial des deux enclaves espagnoles est à l'origine du recours excessif à la force par les agents de la Garde civile²⁸⁸. Certes la violence policière à la frontière sud de l'Espagne est antérieure à la création du régime d'exception de Ceuta et Melilla ; en revanche il a eu pour conséquence indirecte de rationaliser l'usage brutal et assumé de la force policière à la frontière. Même si l'objectif poursuivi par les autorités est d'empêcher le franchissement non-auto-

²⁸⁷ Selon L. JOINET (juriste français, expert indépendant auprès du Comité des droits de l'homme de l'ONU et fondateur du Syndicat de la magistrature), l'impunité s'entend comme « l'absence, en droit ou en fait, de la mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs de violations des droits de l'homme, ainsi que leur responsabilité civile, administrative ou disciplinaire, en ce qu'ils échappent à toute enquête tendant à permettre leur mise en accusation, leur arrestation, leur jugement et, s'ils sont reconnus coupables, leur condamnation à des peines appropriés, y compris à réparer le préjudice subi par leurs victimes », L. JOINET, « Lutter contre l'impunité – Dix questions pour comprendre et agir », Paris, La Découverte, 2002, p. 9; « L'impunité survient lorsque ceux qui sont responsables d'actes qui se traduisent par de graves violations des droits de l'Homme ne sont pas amenés à en répondre. », Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), « Lignes directrices pour éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'homme », H/Inf (2011) 7, p.7.

²⁸⁸ « En ce qui concerne les tentatives de pénétrer sur le territoire espagnol par la mer, le CPT a été informé d'un drame qui s'est déroulé le 6 février 2014 et dont les médias se sont largement fait l'écho. Des membres de la Guardia Civil ont tiré des balles en caoutchouc depuis la plage sur des personnes qui tentaient de gagner Melilla à la nage et les ont forcées à retourner au Maroc. Cependant, toutes n'ont pu rentrer à la nage et il semble que 15 étrangers se soient noyés. (...) La délégation a reçu des allégations concordantes, confirmées par des images vidéo, selon lesquelles des migrants irréguliers étaient interceptés à l'intérieur de la barrière frontalière ou au-delà de celle-ci par des membres de la Guardia Civil, et immédiatement renvoyés de force au Maroc – parfois après avoir été menottés – sans avoir été identifiés. (...) De plus, les ressortissants étrangers auraient parfois été renvoyés au Maroc alors qu'ils étaient blessés ou pouvaient à peine marcher », Rapport du CPT rendu public le 9 avril 2015, suite à la visite d'une délégation du Comité en Espagne du 14 au 18 juillet 2014, sous l'arrêt *N.D et N.T c. Espagne* de la CourEDH, précité, §§ 39 à 46; « Au cours de sa visite à Melilla, le Commissaire a reçu des informations cohérentes faisant état de refoulements, parfois accompagnés d'un recours excessif à la force par les gardes-frontières espagnols (...) 'Les refoulements doivent cesser et devraient être remplacés par une pratique qui concilie le contrôle des frontières et les droits de l'homme. Ce n'est pas mission impossible, car les flux migratoires à Melilla restent actuellement à un niveau gérable. Tout recours excessif à la force par des membres des forces de l'ordre doit donner lieu à une enquête complète et effective, et les personnes dont la responsabilité a été établie doivent être sanctionnées de manière adéquate. » arrêt *N.D et N.T c. Espagne* de la CourEDH, précité, § 42.

risé du blindage frontalier, les moyens mis en oeuvre pour interpeller ceux qui s'y trouvent surprennent par leur disproportion.

La loi conditionne l'utilisation des armes seulement lorsqu'il existe un risque rationnellement grave pour la vie et l'intégrité physique des fonctionnaires de police, et/ou s'il existe un risque grave pour la sécurité²⁸⁹. Sachant que « la migration et le franchissement des frontières extérieures par un grand nombre de ressortissants de pays tiers ne devraient pas être considérés, en soi, comme une menace pour l'ordre public »²⁹⁰, le recours à la force ne devrait pas constituer une pratique abusive.

La responsabilité personnelle et directe des agents pourrait être envisagée²⁹¹ en application de l'article 175 du code pénal²⁹², mais l'obtention du redressement approprié par le juge espagnol paraît compliqué à partir du moment où la victime - à savoir l'exilé violenté puis refoulé - ne se trouve plus sur le territoire espagnol, mais au Maroc ou dans son pays d'origine. En négligeant la protection effective des juges et des tribunaux espagnols pour des motifs opérationnels, le législateur a instauré à Ceuta et Melilla un régime d'exception qui bouleverse l'ordre constitutionnel établi.

²⁸⁹ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, précitée, art. 5.2. d).

²⁹⁰ Règlement (UE) n°2016/399, précité, considérant n° 26.

²⁹¹ Ley Orgánica 2/1986, précitée, art. 5.6.

²⁹² « *L'autorité ou le fonctionnaire public qui, abusant de son pouvoir (...), porte atteinte à l'intégrité morale d'une personne, sera puni d'une peine de prison de deux à quatre ans si l'atteinte est grave, et de six mois à deux ans dans le cas contraire.* », Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24/11/1995, art. 175, extrait (traduction personnelle).

B. Un régime d'exception favorisant l'impunité à Ceuta et Melilla

Le respect du principe de non-refoulement implique une réglementation spéciale et adaptée au contexte migratoire de Ceuta et Melilla puisqu'une expulsion injustifiée est une question de quelques minutes. Le régime d'exception à Ceuta et Melilla constitue un vide juridique se traduisant par des violations systémiques au droit des réfugiés et des droits de l'homme (1). Même si le droit administratif espagnol prévoit des sanctions contre les actes illégaux de l'administration et que le droit pénal permettrait d'engager la responsabilité de l'agent de police qui abuse de son pouvoir, il n'empêche que « la crédibilité de la prohibition de la torture et d'autres formes de mauvais traitements est mise à mal chaque fois que des agents publics responsables de telles infractions ne sont pas tenus de répondre de leurs actes »²⁹³. C'est ce vide juridique qui favorise l'impunité à la frontière hispano-marocaine (2).

1) La normalisation institutionnelle de la violation au droit des réfugiés

Contrairement à ce qu'a pu écrire le législateur dans la disposition sur le régime spécial de Ceuta et Melilla, l'expulsion injustifiée des exilés interceptés dans la démarcation territoriale des deux enclaves ne peut pas avoir lieu « dans le respect de la réglementation internationale en matière de droits de l'homme et de protection internationale que l'Espagne a reconnue »²⁹⁴ ; d'abord parce qu'elle est un obstacle à l'applicabilité des droits fondamentaux consacrés par le droit interne, et qu'elle prive les exilés des voies de recours efficaces pour obtenir réparation des violences poli-

²⁹³ 14^{ème} Rapport général d'activités du CPT, pour la période du 1er janvier au 31 décembre 2004 [CPT/Inf (2004) 28], paragraphe 25.

²⁹⁴ « 2. Dans tous les cas, le refoulement aura lieu dans le respect de la réglementation internationale en matière de droits de l'homme et de protection internationale que l'Espagne a reconnue. », Ley Orgánica 4/2015, précitée, Dixième disposition additionnelle, précitée, alinéa 2 (traduction sous l'arrêt *N.D et N.T c. Espagne* de la CourEDH du 3 octobre 2017, précité, § 19, précité).

cières d'une part, et de leur refoulement sommaire et expéditif au Maroc d'autre part²⁹⁵. C'est cette standardisation institutionnelle de l'excès de pouvoir à Ceuta et Melilla²⁹⁶ qui fait primer la raison d'État²⁹⁷ sur la prééminence du droit puisque si « la raison d'État est une raison mystérieuse inventée par la politique pour autoriser ce qui se fait sans raison »²⁹⁸, les expulsions injustifiées et collectives d'étrangers à la frontière en sont manifestement l'illustration.

Sans mécanismes de contrôle adéquats de la politique d'expulsion d'étrangers à Ceuta et Melilla, les violations des articles 3 ConvEDH et 4 du Protocole n°4 à la ConvEDH²⁹⁹ sont facilitées sans raison.

²⁹⁵ « L'impunité constitue un manquement aux obligations qu'ont les États d'enquêter sur les violations, de prendre des mesures adéquates à l'égard de leurs auteurs, notamment dans le domaine de la justice, pour que ceux dont la responsabilité pénale serait engagée soient poursuivis, jugés et condamnés à des peines appropriées, d'assurer aux victimes des voies de recours efficaces et de veiller à ce qu'elles reçoivent réparation du préjudice subi, de garantir le droit inaliénable à connaître la vérité sur les violations et de prendre toutes mesures destinées à éviter le renouvellement de telles violations. », Commission des droits de l'homme des Nations-Unies, « Protection et promotion des droits de l'homme - Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'Ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité, Diane Orentlicher », E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 février 2005, Principe 1 p. 7

²⁹⁶ « Durant la visite, la délégation a reçu plusieurs allégations d'usage excessif de la force par des membres de la Guardia Civil lors d'arrestations de migrants irréguliers à la frontière (des coups de matraque alors que les étrangers étaient toujours suspendus au grillage ou un usage non nécessaire de la force alors que les migrants étaient déjà sous contrôle). Dans ce contexte, un incident qui a eu lieu le 15 octobre 2014 a été porté à l'attention du CPT. D'après les images vidéo, un large groupe d'étrangers a été intercepté à la frontière espagnole par des membres de la Guardia Civil sur la dernière clôture, de 6 mètres de haut. L'un des étrangers a reçu au moins huit coups de matraque assésés par des membres de la Guardia Civil alors qu'il redescendait de la clôture. Une fois arrivé à une échelle posée contre la clôture, il semble avoir été tiré vers le bas par un membre de la Guardia Civil et a fait une chute d'environ 2 mètres. Bien que son corps semblât inerte, il a été menotté et transporté au Maroc, à travers la clôture, par plusieurs agents des forces de l'ordre espagnoles. », rapport CPT/Inf (2015) 19, du 9 avril 2015, précité, § 51.

²⁹⁷ « La raison d'État englobe les diverses espèces d'illégalités commises au nom des États souverains et contre lesquelles il n'existe aucune protection, sauf à contester ces pratiques par des moyens non juridiques. », P. LEGENDRE (historien du droit et psychanalyste français), in « Dictionnaire de la Philosophie politique: Les Dictionnaires », Encyclopaedia Universalis, 2017; Sur ce point, voir l'analyse de S. BONNET (Professeur de philosophie, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne), « Botero machiavélien ou l'invention de la raison d'État », Les Études philosophiques, vol. 66, no. 3, 2003, pp. 315-329.

²⁹⁸ Maxime de C. de Saint-Évremond, moraliste français du XVIIème siècle.

²⁹⁹ Pour rappel, l'article 3 ConvEDH concerne la prohibition de la torture, des peines et des traitements inhumains et dégradants. Tandis que l'article 4 du Protocole n°4 à la ConvEDH interdit les expulsions collectives d'étrangers.

2) *Un vide juridique poussant à l'impunité*

La normalisation institutionnelle de l'impunité à la frontière confirme le paradoxe juridique consistant à permettre et autoriser ce que la Constitution interdit, à savoir la commission directe de violations graves aux droits de l'homme de manière répétée par les pouvoirs publics. La normalisation institutionnelle de l'impunité est le fait du régime d'exception à Ceuta et Melilla, sans compter l'usage excessif de la force pour décrocher ceux qui se trouvent dans le blindage frontalier. L'interdiction constitutionnelle de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants³⁰⁰ est alors inefficace puisque la loi autorise le ministre de l'Intérieur et la Garde civile à se soustraire à leurs obligations consacrées par la norme fondamentale.

Les restrictions relatives à l'entrée des exilés par Ceuta et Melilla n'est pas en soi un problème dans la mesure où l'État jouit d'une marge d'appréciation pour contrôler ses frontières. Cependant elles posent un problème sérieux du point de vue de l'état de droit dès lors que le régime de l'expulsion à la frontière sud n'est pas assorti du droit à un recours effectif contre la réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements³⁰¹. Le législateur a effectivement entravé le droit à un recours devant le juge espagnol en permettant l'expulsion immédiate de l'exilé. Pourtant en 2014, c'est-à-dire un an avant le vote du régime spécial de Ceuta et Melilla, la CourEDH avait déjà rappelé au Gouvernement espagnol dans une affaire d'expulsion de trente Sahraouis déboutés³⁰² que « les

³⁰⁰ Cf. « *Tous ont droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, sans qu'en aucun cas ils puissent être soumis à la torture ni à des peines ou à des traitements inhumains ou dégradants.* », Constitution espagnole, précitée, art. 15, précité, extrait.

³⁰¹ « *Compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, l'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 demande impérativement un contrôle attentif par une autorité nationale (...), un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs de croire à un risque de traitement contraire à l'article 3 (...) ainsi qu'une célérité particulière (...); il requiert également que les intéressés disposent d'un recours de plein droit suspensif (...)* », CourEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, § 293;

³⁰² CourEDH, 22 avril 2014, *A.C et autres c. Espagne*, Req. n° 6528/11.

exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique »³⁰³.

La disposition légale sur le régime spécial de Ceuta et Melilla a été votée en méconnaissance d'un arrêt de condamnation de l'Espagne par la CourEDH, alors que le droit à un recours effectif constitue « l'une des conséquences de la prééminence du droit [et] l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique inhérents à l'ensemble des articles de la Convention »³⁰⁴. Sans cette garantie l'Espagne n'est pas enclin au changement pour que les droits et libertés entrent dans la voie de l'effectivité³⁰⁵. Le lancement d'une procédure de « Monitoring »³⁰⁶ au niveau du Conseil de l'Europe est à envisager pour remédier à ces manquements, et pour rétablir le principe en vertu duquel toute personne placée sous la juridiction d'un État doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁰⁷.

³⁰³ CourEDH, 22 avril 2014, *A.C et autres c. Espagne*, Req. n° 6528/11, § 95; voir, mutatis mutandis, *Iatridis c. Grèce*, n° 31107/96, § 58.

³⁰⁴ CourEDH, *A.C et autres c. Espagne*, précité, § 95.

³⁰⁵ F. TULKENS (Avocate puis universitaire belge devenue juge à la Cour européenne des droits de l'Homme le 1^{er} novembre 1998), « *L'exécution et les effets des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Le rôle du judiciaire* », in Cour européenne des droits de l'homme, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, p. 12.

³⁰⁶ « *L'Assemblée pourra sanctionner le manque de respect persistant des obligations et engagements contractés (...) Si l'État membre continue à ne pas respecter ses engagements, l'Assemblée pourra adresser une recommandation au Comité des Ministres, lui demandant d'engager l'action prévue par les articles 7 et 8 du Statut du Conseil de l'Europe.* », Règlement de l'Assemblée, Résolution 1202 (1999) adoptée le 4 novembre 1999 avec modifications ultérieures du Règlement, art. 13;

³⁰⁷ « *Tout Membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre Ier.* », Statut du Conseil de l'Europe, signé à Londres le 5 mai 1949, art. 3. « *Tout Membre du Conseil de l'Europe qui enfreint gravement les dispositions de l'article 3 peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des Ministres à se retirer dans les conditions prévues à l'article 7. S'il n'est pas tenu compte de cette invitation, le Comité peut décider que le Membre dont il s'agit a cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même.* », Statut du Conseil de l'Europe, précité, art. 8.

CHAPITRE 2

La conciliation de la sécurité et des droits fondamentaux en droit international

« Arbitre et modérateur du fonctionnement régulier des institutions »³⁰⁸, le Roi Felipe VI a considéré dans son discours du 20 septembre 2016 devant la LXXI Assemblée générale des Nations-Unies, que « toutes les démocraties avancées, comme la nôtre, traversent à certains moments de leur histoires des conjonctures complexes. Mais elles l'affrontent par la force et la cohésion de leur société, la solidité de leurs institutions, le plein respect de son système de libertés; par sa ferme conviction que les différences se résolvent avec volonté dans le respect des règles qui ont été données »³⁰⁹.

Cet écho au Préambule de la Constitution est particulièrement intéressant lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée du plein respect des droits fondamentaux dans la société démocratique avancée telle que présentée par le monarque. Dans les faits nous savons que « le plein respect du système de libertés » dépend de son applicabilité, c'est-à-dire des règles juridiques et de paramétrage établis par l'État pour en garantir l'effectivité. À cet égard, le cas de la frontière hispano-marocaine est particulièrement éclairant puisque l'applicabilité du système national de protection des droits n'a plus le même sens à Ceuta et Melilla, depuis la nouvelle délimitation opérationnelle de la frontière hispano-marocaine et de la légalisation du refoulement des exilés.

³⁰⁸ « Le Roi est le chef de l'État, symbole de son unité et de sa permanence. Il est l'arbitre et le modérateur du fonctionnement régulier des institutions, il assume la plus haute représentation de l'État espagnol dans les relations internationales, tout particulièrement avec les nations de sa communauté historique, et il exerce les fonctions que lui attribuent expressément la Constitution et les lois », Constitution espagnole, précitée, article 56.1.

³⁰⁹ « Todas las democracias avanzadas, como la nuestra, atraviesan en algún momento de su historia coyunturas complejas. Pero las superan por la fortaleza y cohesión de su sociedad, la solidez de sus instituciones, la vigencia de su sistema de libertades; por su firme convicción en que las diferencias se resuelven con voluntad de acuerdo dentro del respeto a las reglas que se han dado. », traduction extraite du Discurso de S.M. El Rey en la LXXI Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de septiembre de 2016.

Pourtant, les traités conclus en matière de frontières avec le Royaume du Maroc précisent que la zone en cause relève de la juridiction espagnole, et que les règles juridiques qui doivent s'appliquer sont bien celles du Royaume d'Espagne (Section 1). Et non celles du Maroc. Dans les faits cette zone frontalière n'est plus considérée comme partie intégrante du territoire national (Section 2).

Section 1

L'approche conventionnelle du domaine de validité de l'ordre juridique espagnol à la frontière hispano-marocaine

Définie par SOREL comme « un élément déterminant de la stato-génèse qui conditionne la réalisation du titre territorial »³¹⁰, la frontière est un instrument du phénomène politique concrétisé - en Espagne par le traité. Fruit du colonialisme, la frontière hispano-marocaine est atypique en ce sens où l'État espagnol exerce sa juridiction sur deux territoires enclavés au Maroc depuis 1859³¹¹. Toujours en vigueur et opposable aux États tiers, les traités conclus entre les deux voisins suscitent un intérêt majeur. L'immigration et la crise des réfugiés sont les deux facteurs géopolitiques qui ont transformé cet espace frontière en un laboratoire d'expérimentation du protectionnisme étatique .

Le droit international ne laisse aucune place à la modification des frontières. Preuve en est du cadre juridique actuel faisant « de la frontière internationale un concept très protégé par le droit international »³¹² (§1). Produit d'une géographie particulière, la frontière hispano-marocaine bénéficie d'un régime dérogatoire ou particulier en droit interne. Première porte de l'Afrique sur l'UE, sa stabilité et sa protection ont amené les autorités gouvernementales à en modifier la portée au moyen de sa loi. Quel impact ? La disposition additionnelle sur le régime spécial de Ceuta et Melilla a entraî-

³¹⁰ J-M SOREL (Professeur de droit public à l'École de Droit de la Sorbonne), « *La frontière comme enjeu de droit international* », CERISCOPE Frontières, 2011, [en ligne], URL : <http://ceriscope.sciences-po.fr/content/part2/la-frontiere-comme-enjeu-de-droit-international>

³¹¹ Convenio de 24 de agosto de 1859 relativo a la delimitación de las fronteras españolas con Marruecos en las plazas de Ceuta y Melilla; Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860; Acta de demarcación de de los límites de la plaza de Melilla de 26 de junio de 1862; Acuerdo relativo a la conservación de los límites de la plaza de Melilla de 14 de noviembre de 1863.

³¹² Propos tirés de l'article « *La frontière comme enjeu de droit international* », CERISCOPE Frontières, 2011, de J-M SOREL précité.

né une approche anormale de la frontière hispano-marocaine qui en pratique, autorise les membres de la Garde civile à refouler les étrangers vers le Maroc (§2).

§1 La place du Traité dans le contentieux des frontières

Même si l'article 1.5 du code civil conditionne l'effet direct du traité à sa publication au bulletin officiel de l'État³¹³, sa valeur supra-législative est absolue. Selon l'article 31 de la loi 25/2014 portant sur l'activité des pouvoirs publics dans le domaine des traités³¹⁴, « les normes juridiques contenues dans les traités internationaux valablement conclus et officiellement publiés prévalent sur toute autre norme de l'ordre interne en cas de conflit avec celles-ci, sauf les normes à valeur constitutionnelle ». Partant de ce postulat, la primauté formelle (A) et l'effectivité du droit international (B) en droit espagnol, ne font aucun doute.

³¹³ « *Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»*, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE núm. 206, de 25/07/1889, art. 1.5 ; Sur le domaine des traités: Cf. articles 93 à 96 CE.

³¹⁴ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, *de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, BOE núm. 288, Viernes 28 de noviembre de 2014. Sur la nécessité d'associer l'activité qui relève des traités à la loi et non plus au décret, se référer au dictámenes núm. 37.248 y 37.068, de 19 de noviembre de 1971 du Conseil d'État relatif à l'avant projet du décret 801/1972.

A. La primauté formelle du droit supranational dans les missions aux frontières

Il ressort de l'article 96 CE que « les traités internationaux régulièrement conclus et une fois publiés officiellement en Espagne, feront partie de l'ordre juridique interne ». Préalable nécessaire à sa validité en droit interne, la publication du Traité est une garantie juridique consacrée à l'article 9.3 CE. Concernant son effet direct, la Constitution est restée silencieuse. Omission volontaire - ou pas - du constituant, l'absence expresse de cette mention entraîne des distorsions significatives en droit interne.

Prenons le cas des conflits générés entre la Convention de Genève avec le droit national. Les premières garantissent aux réfugiés le droit à la protection juridictionnelle effective³¹⁵, ce que la loi de 1986 sur le contentieux administratif ne permet pas. Quant au juge, il est porteur de cette protection primaire sur la base des obligations qui découlent de la ConvEDH³¹⁶. Selon FRICERO, « si la Cour condamne l'État parce qu'une loi n'est pas conforme à un droit de l'Homme, le Parlement et les autorités publiques ont une obligation juridique de se mettre en conformité »³¹⁷. Partant, les obliga-

³¹⁵« Sur le terrain de la protection des droits fondamentaux, il y a, comme vous le dites très justement, une « complémentarité » entre les garanties nationales et les garanties européennes. On ne soulignera jamais assez l'importance de ce constat. L'idée de la « responsabilité partagée » répond, à mon avis, à une réalité en fait et en droit. C'est particulièrement vrai pour ce qui concerne la protection juridictionnelle : les juridictions nationales assurent la protection « primaire », ayant un éventail assez large de moyens à leur disposition ; la Cour européenne joue, pour sa part, un rôle « subsidiaire », consistant à veiller à ce que le standard européen soit respecté partout en Europe². Les unes ne peuvent rien sans l'autre, et vice versa », P. LEMMENS (juge à la CourEDH), *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2015, p.34, 1. c).

³¹⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.).

³¹⁷ N.FRICERO (Professeur, Droit privé et sciences criminelles, Université de Nice Sophia Antipolis), *La mise en application des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, A.H.J.U.C.A.F, en ligne sur: <http://www.ahjucaf.org/La-mise-en-application-des.html>

tions conventionnelles consenties par l'Espagne, devraient être exécutées de bonne foi³¹⁸. La Convention de Vienne de 1969 (C.V)³¹⁹ permet d'éclaircir ce point lorsqu'il s'agit d'assurer l'autorité du traité (2). Il en va de même dans le droit de l'UE (2).

1. L'obligation d'exécution des traités en droit international.

Opposable aux pouvoirs publics depuis sa publication officielle au B.O.E en 1980³²⁰, la C.V forme un ensemble d'obligations pour prévenir des obstacles à l'application des traités. Fondée sur la bonne foi, le droit international des traités attend de l'État qu'il s'abstienne « de tout acte visant à réduire à néant l'objet et le but du traité »³²¹.

Imprécise dans sa formulation et dans sa portée, la bonne foi suppose l'absence de fraude aux engagements consentis par l'État³²². Lorsqu'il enfreint, par action ou par omission, les obligations dé-

³¹⁸ Cour Permanente d'Arbitrage, *Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, les États-Unis c. la Grande-Bretagne, Sentence arbitrale, 7 septembre 1910, pp. 15 et 16: « les obligations contractuelles doivent être exécutées avec une bonne foi parfaite, par suite en excluant le droit de légiférer à volonté sur l'objet du traité et en limitant l'exercice de la souveraineté des États liés par le traité, vis-à-vis de cet objet, aux actes compatibles avec le traité » ; CIJ, *Affaire des ressortissants américains au Maroc*, France c. États-Unis d'Amérique, 27 Août 1952, Rec. 176.

³¹⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités (avec annexe). Conclue à Vienne le 23 mai 1969, Vol. 1155,1-18232, Nations-Unies, Recueil des Traités.

³²⁰ Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, «BOE» núm. 142, de 13 de junio de 1980, páginas 13099 a 13110 (12 págs.)

³²¹ « Un État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but : lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité; ou lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée », Convention de Vienne, précitée, art. 18 ; Concernant la déclinaison en droit international du principe de la bonne foi: P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET (Enseignants - Chercheurs), *Droit international public*, 8ème édition, L.G.D.J extension éditions, pp. 238 à 240.

³²²P. DAILLIER considère que la C.V ne « caractérise pas suffisamment la face opposée de la bonne foi ». Selon l'auteur, « l'exécution de bonne foi devrait être définie comme celle qui exclut toute tentative de fraude à la loi, toute ruse, et exige positivement fidélité et loyauté aux engagements pris ». Se référer à l'ouvrage *Droit international public*, 8ème édition, L.G.D.J extension éditions, p. 239.

coulant du traité et lorsqu'il fait échec à ses obligations³²³, son manque de bonne foi lui est imputable.

En privilégiant la contradiction au respect du traité, l'État se met en marge de la légalité internationale et provoque un dérèglement non sans effet, sur les rapports entre le droit international et le droit national. Face à ce problème, il suffirait de rappeler que la mise en oeuvre du traité s'impose à tous les pouvoirs, y compris au pouvoir judiciaire³²⁴. Dans un contexte où les atteintes aux droits fondamentaux se multiplient, il apparaît important de revenir sur ce que le droit international général impose à l'État pour garantir les obligations qui découlent du traité. Si l'on suit les avis fondateurs de la CPIJ sur le droit des traités, force est de constater que leur primauté sur les autres normes³²⁵, empêche tout type de contradiction quant à leur interprétation.

Selon un principe établi depuis la sentence arbitrale du 14 septembre 1872, « le traité prime sur la Constitution »³²⁶ - et a fortiori - sur tout le reste de la hiérarchie normative ; impliquant de l'État qu'il ne prenne aucune mesure - obstacle à leur exécution. Ces considérations sont favorables à la continuité des traités, et répondent précisément à la lecture moniste du droit international³²⁷.

³²³ Ces termes sont dégagés de la définition du manque de bonne foi par P. DE ALBUQUERQUE (juge de la CourEDH) dans son opinion concordante sous l'arrêt CourEDH *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, p.71.

³²⁴ CPIJ, *Affaire relative à l'usine de Chorzow*, demande en indemnité - fond, Série A, n°17, 13 septembre 1928, pp. 33-34.

³²⁵ Les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité: C.P.J.I., 31 juillet 1930, avis, "*Communautés*" gréco-bulgares, série B n° 17, p. 32; CIJ, 26 avril 1988, avis, *Obligation d'arbitrage selon l'Accord de 1947 relatif au siège de l'ONU*, Rec. 1988, 35; La conformité d'un acte au droit interne et sa conformité aux dispositions d'un traité sont des questions différentes. Ce qui constitue une violation d'un traité peut être licite en droit interne et ce qui est illicite en droit interne peut n'entraîner aucune violation d'une disposition conventionnelle. Voir en ce sens l'arrêt: CIJ, 20 juillet 1989, arrêt, *Elettronica Sicula*, Rec. 1989, 51, 74.

³²⁶ Alabama, États-Unis versus Grande-Bretagne, Sentence arbitrale, 14 septembre 1872, RAI, t.II, p.713.

³²⁷ J. DHOMMEAUX, Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme. In: *Annuaire français de droit international*, volume 41, 1995. pp. 447-468; T. OLSON, P. CASSIA, « Chapitre II. Le point de vue du droit français sur les rapports de systèmes : monisme ou dualisme ? », dans *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*. sous la direction de Olson Terry, Cassia Paul. Paris, Presses Universitaires de France, « Droit et justice », 2006, p. 37-59. URL : <http://www.cairn.info/le-droit-international-le-droit-europeen-et-la-hie--9782130554943-page-37.htm>.

C'est d'ailleurs pour cette même raison que son interprétation doit être assurée par le pouvoir judiciaire. Dans un arrêt du 31 juillet 1989, la CIJ avait déjà considéré que « le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte »³²⁸. Sur ce point, le juge de l'amparo s'est montré particulièrement exemplaire sur l'interprétation à retenir de l'article 24 CE ³²⁹. Selon lui, le droit à la protection juridictionnelle effective tient sa fundamentalité des articles 10 DUDH, 6.1 Convention de Rome du 4 novembre 1940 et 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de New York du 19 décembre 1966³³⁰. Il est donc indissociable de l'obligation faite aux autorités nationales de prendre les mesures législatives et réglementaires, nécessaires à son exécution.

Le Tribunal suprême s'est également chargé d'en rappeler tout le sens dans un arrêt du 13 juin 1991, considérant le droit à la protection juridictionnelle effective comme partie intégrante « des droits inhérents à la condition humaine »³³¹. Sa violation peut nuire à la dignité humaine. Partant, le Gouvernement législateur doit garantir son accessibilité à tous, et sans aucune distinction.

³²⁸ Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J.Recueil 1991,p. 53, §48.

³²⁹« *Toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas cette protection puisse lui être refusée. 2. De même, tous ont droit au juge ordinaire déterminé préalablement par la loi, de se défendre et de se faire assister par un avocat, d'être informés de l'accusation portée contre eux, d'avoir un procès public sans délais indus et avec toutes les garanties, d'utiliser les preuves pertinentes pour leur défense, de ne pas déclarer contre eux-mêmes, de ne pas s'avouer coupables et d'être présumés innocents. La loi réglera les cas dans lesquels, pour des raisons de parenté ou relevant du secret professionnel, nul ne sera obligé à déclarer sur des faits présumés délictueux* », Constitution espagnole, précitée, art. 24.

³³⁰ Sentencia nº 99/1985 de Tribunal Constitucional, Sala 2ª, 30 de Septiembre de 1985, FJ 2 *in fine*: « *Pues bien, uno de estos derechos es el que «todas las personas tienen... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales», según dice el art. 24.1 de nuestra Constitución; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas...»), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 de la C.E., de conformidad con el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a «toda persona» o a «todas las personas», sin atención a su nacionalidad* ». En ligne sur: <https://tc.vlex.es/vid/1-c-an-i-19-23-29-2-10-3-15034472>;

³³¹ Traduction des termes de l'arrêt STS nº16132/1991, núm. 1.817, Sentencia de 13 de junio de 1991, FJ 2: «*El Derecho internacional general muestra su relevancia al obligar a declarar que el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los denominados 'derechos inherentes a la condición humana'* ».

2. L'obligation d'exécution du traité en droit de l'UE

Le droit de l'UE a cet avantage non négligeable d'être dans le même esprit que celui de la C.V de 1969 : son autorité est inconditionnelle sur celle de l'État qui y consent³³². En adhérant à la Communauté, les EM se sont engagés à exclure toute « alternative » à la légalité européenne, lorsqu'il est question de protéger un intérêt fondamental du droit - originaire ou dérivé - de l'UE. Concernant la ligne de conduite à tenir par les autorités nationales, il suffit de s'appuyer sur l'arrêt *Costa. c. ENEL*, pour saisir « la force exécutive du droit communautaire »³³³. Sachant les actes pris par une institution de l'Union au sens de l'article 267, premier alinéa, sous b) TFUE sont régis par le droit international³³⁴ - et du point de vue de leur interprétation par le droit international des traités³³⁵ - la légalité communautaire tient son fondement du droit coutumier de la C.V de 1969³³⁶. Dès lors, il est attendu de l'État qu'il réponde à son obligation d'appliquer et d'interpréter de bonne foi le droit qui lui est supérieur, dans l'exercice de ses fonctions gouvernementale, législative et judiciaire. Quant à son administration générale, elle devra s'y conformer et le juge de s'en assurer.

L'assise du juge est capitale dans l'état de droit car lui seul peut enjoindre, annuler et condamner l'État, lorsque les actes ou comportement de son administration, méconnaissent les obligations qui découlent du traité puis de la loi. Prenons le cas des opérations de frontières et du

³³² CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Administration des Finances c. SA Simmenthal*, Rec. 1978, p. 629; 13 décembre 1979, aff. 44/79, *Hauer*, Rec. 1979, p. 3727.

³³³ CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Costa c. ENEL*, Rec. 1964, p.1141: « *La force exécutive du droit communautaire ne saurait en effet varier d'un État membre à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures sans mettre en péril la réalisation des buts du traité...; les obligations contractées dans le traité instituant la communauté ne seraient pas inconditionnelles mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs futurs des signataires* »

³³⁴ « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union* », TFUE, art. 267.

³³⁵ CJCE, 25 février 2010, aff. C-386/08, *Brita*, point 37-45.

³³⁶ CJUE, 11 mars 2015, affs jointes C-464/13 et C-465/13, *Commission/Finlande*, point 39.

droit d'asile. Le juge ordinaire est compétent pour vérifier si les agissements de l'administration sont conformes aux exigences du droit international et européen. La CharteDFUE s'applique lorsque l'État membre met en oeuvre le droit de l'Union³³⁷. Concernant la gestion opérationnelle des frontières nationales, son invocation est donc admise et le réfugié peut s'en prévaloir devant le juge de la légalité³³⁸. La primauté du droit de l'UE doit être assurée dans le droit interne pour répondre à l'obligation d'exécution du droit de l'UE.

Hiérarchiquement supérieure aux lois, la CharteDFUE commande le pouvoir réglementaire dans l'exercice de ses missions de police, et gouverne l'office du juge ordinaire et constitutionnel. Partant de ce postulat, le respect des exigences de la CharteDFUE serait d'abord une affaire du juge constitutionnel vu que les droits des étrangers et de la protection internationale, tiennent leur autorité de l'article 13 CE. Selon lui, les étrangers jouiront des libertés publiques et du droit d'asile, « dans les termes qu'établiront les traités et la loi ». Par conséquent, la CharteDFUE est opposable au juge constitutionnel dans son office d'interprète et de promoteur du droit de l'UE³³⁹, lorsqu'il s'agit d'un réfugié sous le coup d'une menace d'expulsion, ou d'un débouté de l'asile. C'est un gage de cohérence avec les engagements pris par l'Espagne dans ce domaine. Partant, l'approche espagnole concernant la primauté du droit international et européen³⁴⁰ est la conséquence d'une lecture traditionnelle et non contemporaine de la fundamentalité du droit d'asile et du non-refoulement. En assurant la primauté des impératifs qui découlent des droits la personne en matière de Dignité - Titre 1 de la CharteDFUE, de Libertés - son Titre 2 - , et de Justice - de son Titre

³³⁷ STC n° 28/1991, de 14 de febrero, BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1991, páginas 14 a 19 (6 págs.), FJ 4 *in fine*; 64/1991, de 22 de marzo, BOE núm. 98, de 24 de abril de 1991, FJ 1; n° 130/1995, de 11 de septiembre, BOE núm. 246, de 14 de octubre de 1995.

³³⁸ Article 52.5 CDFUE.

³³⁹ Article 51.1 CDFUE: « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en uvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives* ».

³⁴⁰ A. MARÍN LÓPEZ, *Orden jurídico internacional y Constitución española*, Revista de Derecho Politico, núm. 45 (1999), pp.51-53.

VI, le juge constitutionnel pourrait révolutionner le contentieux des droits, en se positionnant comme le garant des droits fondamentaux. L'obligation d'exécution des traités contraint le juge à se détacher progressivement des règles traditionnelles d'interprétation des droits fondamentaux, au profit d'une lecture internationaliste du droit. La légalité internationale prime sur la légalité constitutionnelle. Il en va de la garantie effective des droits fondamentaux.

B. L'effectivité formelle du droit supranational des les missions aux frontières

L'exécution de bonne foi des traités engage l'Espagne à leur assurer une primauté concrète et non illusoire. Conformément à l'article 9.3 CE, l'Administration doit se conformer aux obligations constitutionnelles³⁴¹ et fonder son action sur une fidélité absolue « à la loi et au droit »³⁴². D'ailleurs les obligations tenues dans les traités des Nations-Unies, du Conseil de l'Europe ou de l'UE doivent être respectées puisqu'elles touchent pour la majorité d'entre elles à la protection des droits de l'homme et à la lutte contre l'impunité. En somme, les normes internationales contiennent l'État dans l'exercice du pouvoir politique, et sont une caution lorsqu'il outrepassé ses compétences à des fins autres que celles prévues dans sa Constitution.

Concernant la frontière méridionale espagnole, la Garde civile a pour mission constitutionnelle de protéger le libre exercice des droits et des libertés qui découlent de l'ordre interne³⁴³, et agir dans le respect du principe du non-refoulement. La police doit effectivement garantir la sécurité et l'accès aux droits³⁴⁴ parce qu'elle incarne le domaine de validité spatiale de l'ordre juridique espagnol sur l'ensemble des zones frontières dont elle a la charge.

Il s'agit ici de la compétence territoriale de l'Espagne qui, au moyen de ses forces policières, lui permet d'exercer son autorité dans l'espace qui constitue sa frontière :

³⁴¹ Cette obligation faite à l'Administration tient son fondement de l'article 9.1 CE: « *les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique* ».

³⁴² Article 103.1 CE: « *L'administration publique sert avec objectivité les intérêts généraux et agit conformément aux principes d'efficacité, hiérarchie, décentralisation, déconcentration et coordination et se soumet pleinement à la loi et au droit* ».

³⁴³ Article 104.1 CE: « *Les forces et les corps de sécurité, sous l'autorité du Gouvernement, auront pour mission de protéger le libre exercice des droits et des libertés et de garantir la sécurité des citoyens* ».

³⁴⁴ Voir en ce sens le chapitre 1.



Source: El País (http://elpais.com/elpais/2016/04/20/media/1461174790_388026.html)

Comme le rappelle l'arbitre HUBER dans la sentence arbitrale concernant l'Affaire de l'île de Palmas, la compétence territoriale de l'État est « le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux »³⁴⁵. L'exercice de la juridiction déclenche alors l'effectivité du droit interne et la reconnaissance des droits conventionnels du réfugié dont celui de ne pas être refoulé. Cependant, un doute subsiste concernant les règles sur la souveraineté territoriale applicables à la frontière hispano-marocaine. La complexité du blindage et des infrastructures formant les *vallas*, favorisent effectivement la pratique des remises sommaires et arbitraires des réfugiés aux autorités marocaines, alors que les traités consentis par l'Espagne y sont formellement opposés.

Or, il ressort de la même sentence arbitrale du 4 avril 1928 que la souveraineté territoriale doit s'entendre comme « une situation reconnue et délimitée dans l'espace, soit par les frontières dites naturelles telles qu'elles sont reconnues par le droit international, soit par des signes extérieurs de démarcation non contestés, soit même par des engagements juridiques intervenus entre voisins intéressés tels que des traités de frontières, soit par des actes de reconnaissance d'États établis à l'inté-

³⁴⁵ Sentence arbitrale rendue le 4 avril 1928, par M. Max Huber, entre les États-Unis et les Pays-Bas, dans le litige relatif à la souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas), p.8.

rieur de limites »³⁴⁶. Si libérale que soit la définition donnée à la notion de souveraineté territoriale par HUBER, il n'est guère possible de s'en acquitter. En l'espèce, quatre traités ont été signés par les puissances espagnole et marocaine concernant la délimitation de leurs frontières respectives près des enclaves de Ceuta et Melilla³⁴⁷.

Conformément au principe de l'*uti possidetis juris*, ces « titres juridiques » assurent l'intangibilité de la frontière hispano-marocaine, et visent à garantir le respect des limites territoriales des deux États³⁴⁸. Par conséquent, aucun changement de circonstances ne peut être invoqué par l'Espagne ou le Maroc, pour mettre fin à ces traités³⁴⁹. Comme l'a souligné la CIJ dans son arrêt du 3 février 1994, « une frontière établie par traité acquiert ainsi une permanence que le traité lui-même ne connaît pas nécessairement »³⁵⁰.

En l'espèce, il ressort du Traité de Paix et d'Amitié signé le 26 avril 1860 à Tétouan entre l'Espagne et le Maroc, que les places de Ceuta et Melilla sont deux territoires espagnols sur le sol marocain. Concernant la délimitation de la frontière entre les deux États, le traité nous confirme que l'espace entre les barrières du complexe frontalier, fait partie intégrante du territoire espagnol.

Par conséquent, les réfugiés qui s'y trouvent, relèvent inévitablement de la juridiction espagnole. En effet, il résulte de l'article 7 de ce même traité que l'Espagne est en droit d'adopter tout type de me-

³⁴⁶ Sentence arbitrale rendue le 4 avril 1928, par M. Max Huber, entre les États-Unis et les Pays-Bas, dans le litige relatif à la souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas), pp. 8-9.

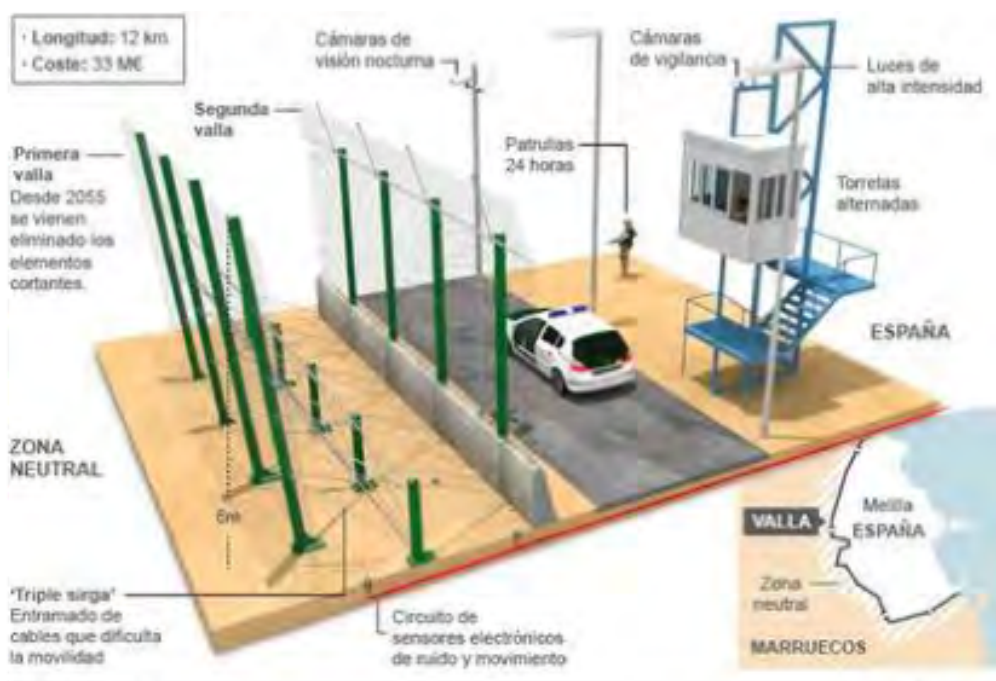
³⁴⁷Convenio de 24 de agosto de 1859 relativo a la delimitación de las fronteras españolas con Marruecos en las plazas de Ceuta y Melilla; Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860; Acta de demarcación de los límites de la plaza de Melilla de 26 de junio de 1862; Acuerdo relativo a la conservación de los límites de la plaza de Melilla de 14 de noviembre de 1863. Sur l'histoire des titres d'acquisition et des prises de possession par l'Espagne: J. RAMÓN REMACHA (Professeur de droit international public et Relations Internationales, Université de Valladolid, Faculté de droit de Burgos), *Les fronteras de Ceuta y Melilla*, pp.224-237, en ligne sur: http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/19948/1/ADI_X_1994_07.pdf

³⁴⁸ Différend frontalier (*Burkina Faso/République du Mali*), arrêt C.I.J, Recueil 1986, p. 565, § 20.

³⁴⁹« *Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer : a) s'il s'agit d'un traité établissant une frontière ou, b) si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité* », Convention de Vienne sur le droit des traités, précitée, Article 62 §2.

³⁵⁰ CIJ, 3 févr. 1994, arrêt, *Différend territorial Libye/Tchad*, Rec. 1994, p.37; Voir également *Temple de Préah Vihear*, CIJ, Rec. 1962, p. 34; *Plateau continental de la mer Egée*, CIJ, Rec. 1978, p. 36.

sures jugées nécessaires à la sécurité des territoires de la Couronne, qu'ils s'agissent de moyens de défense ou de fortifications, sans que les autorités marocaines puissent s'y opposer³⁵¹. De la zone neutre³⁵² jusqu'à la deuxième barrière³⁵³, s'applique l'ordre juridique espagnol. Dès lors, le terrain qui se situe entre les servitudes fait partie intégrante du territoire espagnol:



Source: Prodein 2013³⁵⁴

³⁵¹ Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y Marruecos en Tetuán el 26 de Abril 1860, in *Convenios y Tratados firmados entre España y Marruecos para la demarcación de los límites territoriales de Melilla: 1844, 1860, 1862, 1863, 1894 y 1895*, artículo 7: « S.M Católica podrá sin embargo adoptar todas las medidas que juzgue adecuadas para la seguridad de los mismos, levantando en cualquier parte de ellos las fortificaciones y defensas que estime convenientes, sin que en ningún tiempo se oponga a ello obstáculo alguno por parte de las autoridades marroquíes ». En ligne sur: <http://www.aemel.com/trapana/trapana2.82-99.pdf>

³⁵² Selon l'article 6 du même traité, la zone neutre est une concession faite par le Roi du Maroc à la Couronne espagnole. Par conséquent, cet espace prétendu « neutre » doit être intégré au territoire espagnol.

³⁵³ Sur le schéma, il s'agit de la « segunda valla ».

³⁵⁴ M. ZAMORANO GALÀN, « El salto de la valla: Melilla », *Anotaciones y reflexiones*, Prodein 2013, 25/04/2013, p.37, consultable en ligne: http://confer.es/618/activos/texto/wcnfr_pdf_3592-EL9R3vXicunfhFRc.pdf

Par conséquent il ne peut pas y avoir de doute possible sur l'efficacité des droits reconnus aux réfugiés interceptés dans cette zone. Conformément au principe d'observance de la loi sur les traités³⁵⁵, « tous les pouvoirs publics, organes et organismes de l'État devront respecter les obligations des traités en vigueur auxquels l'Espagne est partie »³⁵⁶. L'autorité des traités est indiscutable. Détachées des logiques internes sur les frontières et l'immigration, ils sont la solution pour remédier aux difficultés systémiques provoquées par la gestion sécuritaire des flux migratoires.

L'institutionnalisation du « refus aux frontières »³⁵⁷ à Ceuta et Melilla, altère de façon significative l'obligation faite à l'Espagne de garantir - en fait et en droit - le principe du non-refoulement. Cette dérogation au principe permet les remises sommaires et expéditives des réfugiés interceptés près des *vallas* aux forces marocaines, en dehors du cadre posé par les normes internationales et constitutionnelles.

³⁵⁵ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de *Tratados y otros Acuerdos internacionales*, BOE núm. 288, Viernes 28 de noviembre de 2014, Sec. I. Pág. 96841.

³⁵⁶ Traduction de l'article 29 de la loi 25/2014.

³⁵⁷ Traduction personnelle des termes « *rechazos en frontera* ».

§2 Le revirement législatif du domaine de validité conventionnelle de l'ordre juridique espagnol à la frontière hispano-marocaine

Le régime spécial de Ceuta et Melilla qui figure dans la loi 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers, autorise les membres de la Garde civile à renvoyer automatiquement les étrangers se trouvant dans les *vallas* à la frontière hispano-marocaine. Selon les termes de l'ancien Ministre de l'Intérieur FERNÁNDEZ DÍAZ, cette mesure est indispensable pour répondre à la logique de sécurisation des frontières extérieures souhaitée par l'UE face à la menace terroriste³⁵⁸. L'ancien Ministre considère l'amendement en question, comme essentiel si l'on souhaite garantir la défense du territoire national sur cette interface extérieure de l'UE qui donne sur le Maghreb avec une pression migratoire particulièrement forte.

Par conséquent, le renvoi à la frontière devrait assurer la pleine garantie des droits de l'homme, notamment celui de pouvoir demander la protection internationale dans des locaux spécialement prévus à cet effet. Dans les faits, le franchissement du blindage sécurisé à la frontière hispano-marocaine, entraîne le renvoi immédiat de l'étranger. Peu importe ses prétentions ou sa situation personnelle.

En cela, la disposition additionnelle sur le régime spécial de Ceuta et de Melilla prive l'étranger des droits-garanties qui lui sont consacrés dès son interception par un membre du personnel de la Garde civile (A), et altère de façon significative les traités de délimitation de la frontière conclus par les puissances espagnole et marocaine (B).

³⁵⁸ Traduction des termes tirés des propos tenus par le Ministre de l'Intérieur devant la Chambre basse concernant l'amendement à la loi 4/2000 concernant le régime spécial de Ceuta et Melilla: « *Quiero decir una cosa. Estamos en un momento en que la Unión Europea está pidiendo la securización de las fronteras exteriores ante la amenaza terrorista que tenemos. Y Ceuta y Melilla son frontera exterior de la Unión Europea también y son espacio Schengen. Ceuta y Melilla son la única frontera exterior que la Unión Europea tiene en África, y me quedo ahí. Todos ustedes saben la presión migratoria y la cantidad de refugiados que, con ocasión de la llamada Primavera Árabe y las guerras que se están produciendo en la zona, está habiendo en estos momentos* », Cortes Generales diario de sesiones del Congreso de los Diputados pleno y diputación permanente, Año 2015 X legislatura, Núm. 269, Presidente del Excmo. Sr. D. J. POSADA MORENO, Sesión plenaria núm. 252 celebrada el jueves, 26 de marzo de 2015, p.66.

A. Un usage autoritaire de la loi à des fins de protection de la sécurité à la frontière hispano-marocaine

Il ressort du préambule de la loi organique 4/2015 sur la protection de la sécurité citoyenne que « la liberté et la sécurité constituent un binôme clé pour le bon fonctionnement d'une société démocratique, la sécurité étant un instrument au service de la garantie des droits et libertés et non une fin en soi »³⁵⁹. Définie comme un « requis indispensable pour le plein exercice des droits fondamentaux et des libertés publiques »³⁶⁰, la sécurité citoyenne est une faculté du Gouvernement lui permettant d'assurer une discipline sécuritaire au moyen de ses forces de police. En tant que compétence exclusive de l'État³⁶¹, le pouvoir réglementaire entend maintenir une discipline policière sur le territoire national, en revenant sur certaines mesures - préventives et répressives - divisées en cinq chapitres. Elles touchent respectivement à la délivrance des documents d'identité, aux actions nécessaires au maintien ou au rétablissement de la sécurité citoyenne, aux pouvoirs de police administrative en matière d'armes et explosifs et au régime des sanctions en cas d'atteinte à l'ordre et à la sécurité publique. Par conséquent, il est loisible de se demander pourquoi le législateur a-t-il inclus dans la loi sur la protection de la sécurité citoyenne, une disposition extrinsèque à son objet, portant sur l'exercice des droits et libertés des étrangers en Espagne? En l'espèce, la disposition additionnelle sur le « Régime spécial de Ceuta et Melilla » se divise en trois points et considère que:

³⁵⁹ Traduction des termes suivants: « *Libertad y seguridad constituyen un binomio clave para el buen funcionamiento de una sociedad democrática avanzada, siendo la seguridad un instrumento al servicio de la garantía de derechos y libertades y no un fin en sí mismo* », Préambule Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

³⁶⁰ Extrait de l'article 1 de la loi 4/2015: « *La seguridad ciudadana es un requisito indispensable para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y su salvaguarda, como bien jurídico de carácter colectivo, es función del Estado, con sujeción a la Constitución y a las Leyes* ».

³⁶¹ Articles 104.1 et 149.1.29.a CE.

« 1. Les étrangers interceptés sur la ligne frontalière de délimitation territoriale de Ceuta ou Melilla tentant de surmonter les éléments frontaliers de confinement en vue de franchir irrégulièrement la frontière, se verront refuser leur entrée en Espagne;

2. Dans tous les cas, le refus s'effectuera dans le respect de la législation internationale sur les droits humains et la protection internationale à laquelle l'Espagne est partie;

3. Les demandes de protection internationale se formaliseront dans les espaces habilités à cet effet aux postes frontières, et seront traitées dans le respect de la réglementation en matière de protection internationale »³⁶².

Sur le premier point, il s'agit d'une déclinaison des articles 104.1 CE et 149.1.29 CE sur le maintien de la sécurité publique par les forces de police³⁶³. Concernant les deux autres, il est exclusivement question de l'article 13.1 et 4 CE sur les droits reconnus aux étrangers en Espagne et le droit d'asile³⁶⁴. Or, les exigences du binôme Sécurité ne peuvent pas formellement se confondre à celles du binôme Liberté et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, il ressort du premier alinéa de la disposition additionnelle en cause que le refus d'entrer sera opposé aux étrangers qui a priori, se trouvent déjà sur le territoire espagnol. Il suffit de se référer à l'article 7 du Traité de Paix et d'Amitié signé le 26 avril 1860 à Tétouan entre l'Espagne et le Maroc, pour constater que la décision de refus d'entrée concerne les étrangers interpellés à la frontière, ou en train de gravir le blindage des *vallas*. Les droits souverains exercés par l'Espagne sur ces espaces sont irréfragables, et la territo-

³⁶² Traduction de : Disposición adicional décima introducida por el número 1 de la disposición final primera de la L.O. 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE núm. 77, 31 de marzo de 2015; Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10 de 12 de Enero de 2000, Disposición adicional décima. *Régimen especial de Ceuta y Melilla*.

³⁶³ « *Les forces et les corps de sécurité, sous l'autorité du Gouvernement, auront pour mission de protéger le libre exercice des droits et des libertés et de garantir la sécurité des citoyens* », art. 149.1.29 CE: « *L'État jouit d'une compétence exclusive dans les matières suivantes: la sécurité publique...* », art. 104.1 CE.

³⁶⁴ « *1. Les étrangers jouiront en Espagne des libertés publiques garanties au présent titre, dans les termes qu'établiront les traités et la loi; 4. La loi établira les termes selon lesquels les citoyens d'autres pays et les apatrides pourront jouir du droit d'asile en Espagne* », Constitution espagnole, précitée, art. 13.

rialité du droit espagnol parfaitement amorcée. Par conséquent, le refus d'entrer opposé à l'étranger n'est pas une décision administrative autonome, mais bien une mesure d'éloignement subordonnée aux garanties de l'article 9.3 CE³⁶⁵, et aux exigences du Titre III - Des infractions relevant du droit des étrangers et son régime répressif - de la loi 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale³⁶⁶. En ayant une lecture littérale du premier point sur le régime spécial de Ceuta et Melilla, l'étranger interpellé ne sera pas autorisé à entrer en Espagne en raison de l'irrégularité du franchissement de la frontière. Sur ce point, la loi 14/2015 sur la protection de la sécurité citoyenne n'est pas innovante. Il suffit de se reporter à la loi 4/2000 pour observer qu'il existe une structuration en droit de la procédure refusant l'entrée des étrangers réputés irréguliers. Selon son article 26.2, le refus d'entrer sera notifié à l'étranger dans une décision administrative motivée exposant les motifs sur lesquels l'administration se fonde pour lui interdire l'accès au territoire espagnol. D'ailleurs, cette même décision devra comporter l'information nécessaire pour que l'étranger puisse jouir de son droit à la protection judiciaire effective conformément à l'article 20 de la loi 4/2000³⁶⁷. Concernant l'assistance juridique gratuite, l'étranger en bénéficie devant n'importe

³⁶⁵ « La Constitución garantiza el principio de la legalidad, la jerarquía y la publicidad de las normas, la no retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad de los poderes públicos y la prohibición de toda acción arbitraria de su parte », Constitución espagnole, précitée, article 9.3.

³⁶⁶ Les articles 50 à 56 du titre III de la loi 4/2000 concernent les sanctions et infractions à la législation relevant du droit des étrangers. Les mesures d'éloignement et le placement en rétention de l'étranger sont déclinées aux articles 57 à 65.

³⁶⁷ « 1. Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva ; 2. Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley ; 3. En los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos ; 4. En los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el artículo 19.1.b) de la Ley reguladora de dicha jurisdicción ». Concernant le détail des éléments qui doivent figurer dans la décision administrative, se référer à l'article 15 « Denegación de entrada » in Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

quelle juridiction « et dans les mêmes conditions que les Espagnols »³⁶⁸. Sur l'issue de la procédure, l'article 60 prévoit l'adoption immédiate de mesures nécessaires au retour de l'étranger vers son point d'origine dans les délais les plus brefs. Au delà de 72 heures, l'autorité qui lui aura refusé l'entrée sur le territoire devra saisir le Juge d'instruction afin que l'étranger soit placé en rétention. Durant cette période ne pouvant pas excéder 60 jours, il pourra saisir l'autorité judiciaire lorsque le retenu considère que l'administration a violé ses droits fondamentaux³⁶⁹. En somme, cette procédure protège davantage l'étranger des aléas de l'administration, en lui assurant « le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes, sans qu'en aucun cas cette protection puisse lui être refusée »³⁷⁰. Tel n'est le cas de la procédure permise par le premier point de la disposition additionnelle de la loi 14/2015, en privant l'étranger de son droit au juge, de celui de se faire assister par un avocat ou d'être informé des voies et délais de recours nécessaires pour faire valoir un intérêt légitime. C'est une mise en péril du principe de légalité pénale tiré de l'article 25.1 CE³⁷¹. Le régime de l'expulsion est également applicable à l'étranger irrégulier intercepté sur le territoire espagnol³⁷². Selon l'article 57.9 de la loi sur les droits et libertés des étrangers, la mesure d'éloignement devra être notifiée à l'intéressé ainsi que les voies et délais de recours pour qu'il puisse jouir de son droit à la protection effective de l'autorité judiciaire. D'ailleurs, cette mesure emportera interdiction d'entrer sur le territoire espagnol pour un durée ne pouvant pas excéder cinq ans. Une mesure de rétention pourra également être prononcée, si les autorités n'ont pas pu exécuter l'expulsion de l'étranger dans un délai de 72 heures. Enfin, la

³⁶⁸ « 1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles », LO 4/2000, précitée, art. 22.

³⁶⁹ Sur le déroulement de la mesure de rétention: LO 4/2000, précitée, arts 62 à 62 sexies.

³⁷⁰ Constitution espagnole, précitée, art. 24.1.

³⁷¹ « Nul ne peut être condamné ou sanctionné pour des actions ou des omissions qui, lorsqu'elles se sont produites, ne constituaient pas un délit, une faute ou une infraction administrative, conformément à la législation en vigueur à ce moment-là », Constitution espagnole, précitée, art. 25.1.

³⁷² Selon l'article 53.1 de la loi organique 4/2000, le fait de se trouver irrégulièrement sur le territoire est une infraction grave. L'expulsion de l'étranger peut alors être autorisée.

procédure de renvoi³⁷³ s'applique aux étrangers « qui prétendent entrer illégalement » sur le territoire³⁷⁴, incluant également ceux interceptés à la frontière ou à proximité de celle-ci³⁷⁵. Selon les termes de l'alinéa 2 de l'article 23 du décret royal 557/2011, « les Forces et Corps de Sécurité de l'État chargées de la surveillance des côtes et frontières qui auront intercepté les étrangers qui prétendent entrer irrégulièrement en Espagne, seront conduits dans les plus brefs délais au commissariat du Corps National de Police, à des fins d'identification et, le cas échéant, à son renvoi »³⁷⁶. Le droit à l'assistance juridique et à un interprète sont garantis au même titre que son droit à obtenir la protection effective de l'autorité judiciaire. Lui seul pourra décider de son placement en rétention si la police n'a pas pu exécuter l'acte matériel portant renvoi de l'intéressé dans un délai de 72 heures.

À l'instar de la mesure d'expulsion, le renvoi de l'étranger emporte interdiction d'entrer sur le territoire espagnol pour une période maximale de trois ans. Force est de constater que les trois procédures tirées de la loi 4/2000 sur les droits et libertés répondent aux exigences de forme qui relèvent du binôme Sécurité / Liberté. En effet, les droits des étrangers interceptés à la frontière sont concrets et non illusoires à l'instar du premier alinéa de la disposition sur le régime spécial de Ceuta et Melilla. De surcroît cette même disposition additionnelle considère que le refus d'entrer s'effectuera dans le respect des exigences qui relèvent du droit international relatif aux droits humains,

³⁷³ Traduction du terme « devolución ».

³⁷⁴ LO 4/200, art. 58.3.b).

³⁷⁵ Article 23.1.b. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

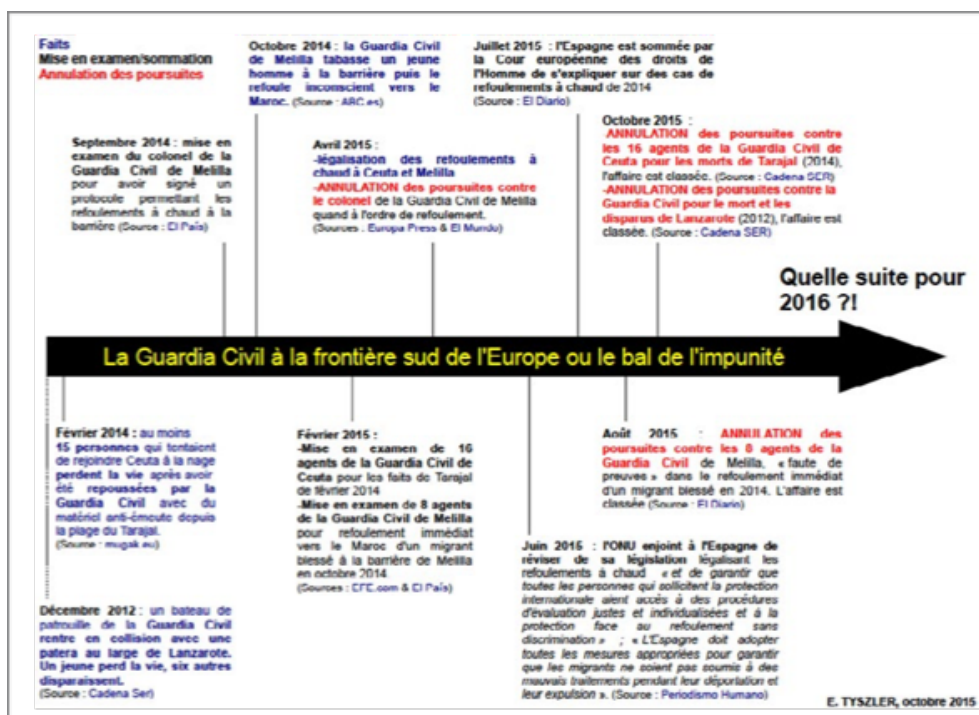
³⁷⁶ « *Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución* », Real Decreto 557/2011, précité, art. 23.2.

et à la protection internationale à laquelle l'Espagne est partie³⁷⁷. Sachant que le refus d'entrer opposé à l'étranger intercepté par la Garde civile s'organise - en pratique - par sa remise manu militari à la gendarmerie marocaine, le migrant est privé du droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Selon l'alinéa 2 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, « tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de

³⁷⁷ Domaine universel: 1° Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 27 de abril de 1977. (*BOE n° 103, de 30 de abril de 1977*) ; 2° Protocolo facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de adhesión de 25 de enero de 1985. (*BOE n° 79, de 2 de abril de 1985*) ; 3° Segundo Protocolo facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 44/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1989. Instrumento de ratificación de 11 de abril de 1991. (*BOE n° 164, de 10 de julio de 1991*) ; 4° Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977. (*BOE n° 103, de 30 de abril de 1977*) ; 5° Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, hecho en Nueva York, adoptado por la resolución 260 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1948. Instrumento de adhesión de 13 de septiembre de 1968. (*BOE n° 34, de 8 de febrero de 1969*) ; 6° Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra, adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas el 28 de julio de 1951. Instrumento de adhesión de 14 de agosto de 1978. (*BOE n° 252, de 21 de octubre de 1978; corrección de errores en BOE n° 272, de 14 de noviembre de 1978*) ; 7° Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York, el 31 de enero de 1967. Instrumento de adhesión de 14 de agosto de 1978. (*BOE n° 252, de 21 de octubre de 1978*) ; 8° Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, hecha en Nueva York, adoptada por la resolución 2106 A (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 7 de marzo de 1966. Instrumento de adhesión de 13 de septiembre de 1968. (*BOE n° 34, de 8 de febrero de 1969*) ; 9° Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer, adoptado en virtud de la resolución 640 (VII) de la Asamblea General de Naciones Unidas. Nueva York, 31 de marzo de 1953. Instrumento de adhesión de 14 de enero de 1974 (*BOE n° 97, de 23 de abril de 1974*); *corrección de errores en BOE de 22 de agosto de 1974*) ; 10° Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en virtud de la resolución 640 (VII) de la Asamblea General de Naciones Unidas. Nueva York, 31 de marzo de 1953. Instrumento de adhesión de 14 de enero de 1974 (*BOE n° 97, de 23 de abril de 1974 - corrección de errores en BOE de 22 de agosto de 1974*) ; 11° Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la resolución 39/461 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984 en Nueva York. Instrumento de ratificación de 21 de octubre de 1987 (*BOE n° 268, de 9 de noviembre de 1987*) ; 12° Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la resolución 44/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 en Nueva York. Instrumento de ratificación de 6 de diciembre de 1990 (*BOE n° 313, de 31 de diciembre de 1990*). Domaine régional: 1° Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 (*BOE n° 243, de 10 de octubre de 1979*) ; 2° Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952. Instrumento de ratificación de 27 de noviembre de 1990 (*BOE n° 11, de 12 de enero de 1991*) ; 3° Protocolo número 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Instrumento de ratificación de 20 de diciembre de 1984 (*BOE n° 92, de 17 de abril de 1985*) ; 4° Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980 (*BOE n° 153, de 26 de junio de 1980*) ; 5° Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988. Instrumento de ratificación de 7 de enero de 2000 (*BOE n° 99, de 25 de abril de 2000, corrección de errores en BOE n° 220, de 13 de septiembre*).

cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui »³⁷⁸.

La remise expéditive du migrant par la Garde civile, correspond à une entrave manifestement grave et arbitraire au respect de la dignité inhérente de la personne humaine. En effet, comment s'assurer que le migrant ne sera pas menacé en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques³⁷⁹, dès sa prise en charge par les autorités marocaines ? C'est une mise en danger de l'étranger³⁸⁰:



³⁷⁸« Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi ; 2. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui ; 3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement ; 4. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ; 5. Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation », Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, article 19.

³⁷⁹ Extrait de l'article 33.1 de la Convention de Genève de 1951 sur le statut de réfugié.

³⁸⁰ Schéma tiré du rapport conjoint *Ceuta et Melilla, centres de tri à ciel ouvert aux portes de l'Afrique*, décembre 2015, p. 41.

Sachant que « la Charte des Nations Unies impose aux États l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits et des libertés de l'homme »³⁸¹, la disposition en cause interroge sérieusement sur sa compatibilité avec les impératifs du droit international public.

Concernant les demandeurs d'asile ou d'apatride, la loi dispose qu'elles devront être formalisées dans les espaces habilités aux postes frontières de Ceuta et Melilla. Pour y parvenir, le Ministre de l'Intérieur a décidé d'ouvrir, en mars 2015, deux bureaux d'enregistrement, permettant l'identification puis l'instruction des demandes de protection présentées aux frontières³⁸². Cette volonté ministérielle a un sens politique certain. En effet, ce même Ministre considérait que « ceux qui tentent de rentrer illégalement en Espagne, en Europe et dans l'espace Schengen à travers les périmètres frontaliers de Ceuta et Melilla, n'auraient le droit à cette demande d'asile et à la protection internationale, puisque dorénavant des bureaux habilités à la frontière existent pour ce faire »³⁸³. Si l'on suit les termes de l'article 16 de la loi 12/2009 sur le droit d'asile et la protection subsidiaire, « les personnes nationales non communautaires et les apatrides présents sur le territoire espagnol ont le droit de la demander la protection internationale en Espagne »³⁸⁴.

Le droit d'asile est alors accessible à tous les ressortissants d'États tiers présents sur le territoire national, Aucune exception ne se dégage du texte qu'il s'agisse d'une demande effectuée en métropole ou à la frontière.

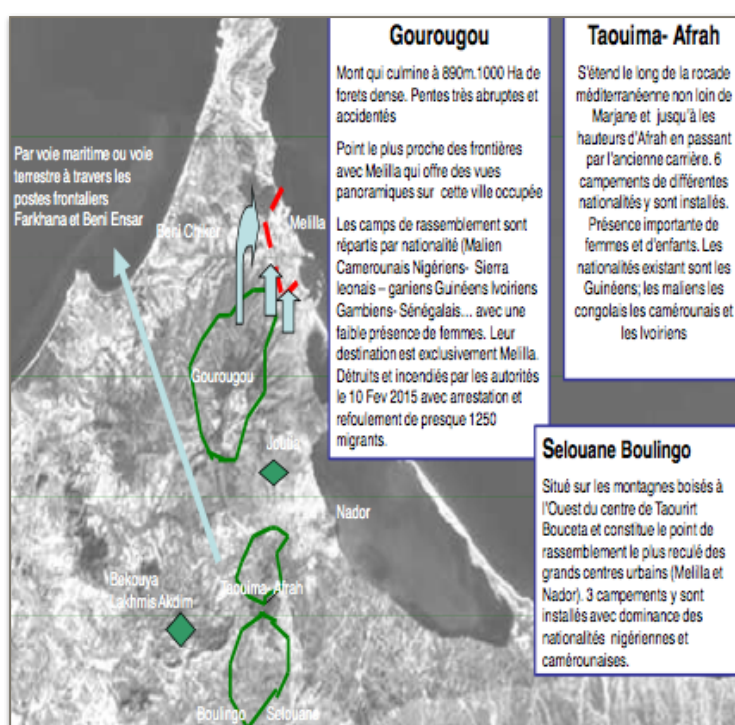
³⁸¹ Extrait du Préambule du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Pacte fait écho à l'article 1.3 de la Charte des Nations Unies selon lequel: « *Les buts des Nations Unies sont les suivants : (...) 3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* ».

³⁸² « *El Ministerio del Interior abrirá en marzo las oficinas de petición de asilo de Melilla y Ceuta,* » El Faro, 08/01/2015; *Las oficinas de asilo de Ceuta y Melilla abrirán en marzo*, España buenas noticias, Viernes 9 - enero - 2015. Il s'agit du bureau de El Tarajal à Ceuta et de celui de Beni-Enzar à Melilla.

³⁸³ Rapport conjoint « *Ceuta et Melilla, centres de tri à ciel ouvert aux portes de l'Afrique* », Décembre 2015, p. 50. Traduction des termes tirés de l'article « *Fernández Díaz dice que "quedará claro" que los que saltan la valla no tendrán derecho a pedir asilo* », El Diario, 09/02/2015, en ligne sur: http://www.eldiario.es/desalambre/Gobierno-oficinas-fronteras-Ceuta-Melilla_0_354864851.html

³⁸⁴ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31/10/2009.

La disposition additionnelle sur le régime spécial de Ceuta et Melilla prive l'étranger de son droit « à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique »³⁸⁵. D'ailleurs, les faits suivent précisément cette logique. Dans son rapport sur la situation des migrants subsahariens, l'Association Marocaine des Droits Humains Section de Nador évalue à 17 618 le nombre de migrants qui « ont risqué leur vie en tentant d'accéder à Melilla principalement par voie terrestre qui constitue un pourcentage de 96.2% ou par voie maritime qui ne représente que 3.8% »³⁸⁶. C'est une mise à l'écart des personnes étrangères³⁸⁷:



³⁸⁵ Article 6 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme

³⁸⁶ AMDH, *Rapport sur la situation des migrants subsahariens à Nador*; Quand le Maroc et l'Espagne s'allient dans la répression des migrants subsahariens, 21 février 2015, en ligne sur: <https://ffm-online.org/wp-content/uploads/2015/06/Rapport-migrant-Nador.pdf> ; Concernant les blessés et décès: « L'année 2014 a été aussi exceptionnelle par le nombre de blessés reçus à l'hôpital Hassani qui a atteint un total de 743 cas avec un maximum enregistré au mois de juin (157) qui a connu un nombre important de tentatives et surtout une brutalité excessive aussi bien des autorités marocaines qu'espagnoles (les séances de tortures enregistrées pendant les tentatives du 1-14 et 18/6/2014; du 13/8 et du 5/11/2014): les accords bilatéraux ont trouvé leur traduction sur le terrain à partir du deuxième semestre de cette année qui a été particulièrement violente avec un maximum de blessés 564 cas soit 76% (...) Concernant les décès; cette année a enregistré 4 cas de décès à l'hôpital Hassani le 16/3- le 07/7- le 16/7 et le 05/11 parmi les migrants installés dans les campements de Nador. À ces décès il faut ajouter les cadavres reçus à la morgue suite à des tentatives de migration par barques devenues très courantes après le resserrement du contrôle à travers les frontières terrestres avec Melilla. Le début de 2015 a été particulièrement meurtrier avec le recensement jusqu'au 19 courant de 16 cadavres ».

³⁸⁷ Carte sur « les lieux de survie et de rassemblement », AMDH, *Rapport sur la situation des migrants subsahariens à Nador*; Quand le Maroc et l'Espagne s'allient dans la répression des migrants subsahariens, 21 février 2015, p. 9.

Selon le rapport conjoint de plusieurs Associations de défense des droits de l'homme, les personnes d'origine subsaharienne « ne peuvent pas arriver jusqu'au passage frontalier de Melilla, puisque les autorités marocaines bloquent leur accès et procèdent régulièrement à des arrestations collectives dans la région frontalière »³⁸⁸.

³⁸⁸ Rapport conjoint « *Ceuta et Melilla, centres de tri à ciel ouvert aux portes de l'Afrique* », Décembre 2015, p. 50 *in fine*.

B. La nouvelle délimitation opérationnelle de la frontière hispano-marocaine

La disposition additionnelle sur le régime spécial de Ceuta et Melilla forme une dérogation expresse à l'équilibre du binôme Sécurité / Liberté, en autorisant - sur cet espace de la frontière nationale - l'expulsion expéditive des étrangers au détriment du respect de leurs droits et libertés. La raison à cette altération semble pourtant simple si l'on reprend l'intitulé de la mesure. En effet, l'interdiction systématique prononcée aux étrangers, serait une réponse adaptée à la singularité géographique des enclaves autonomes, ou du moins à la proximité frontalière avec le voisin marocain. Cependant, comment garantir l'unicité de l'ordre constitutionnel espagnol si la loi consent à sa fragmentation, exclusivement à la frontière hispano-marocaine? Ne serait-ce pas ici une mise en péril progressive de l'état de droit que la Constitution assure à l'empire de la loi? Quoi qu'il en soit, le champ d'application du refus à la frontière génère des distorsions difficilement mesurables parce qu'il constitue un détournement des procédures d'éloignement des étrangers. Cependant, le « *recha-zo en frontera* » est une pratique légalisée depuis le 31 mars 2015³⁸⁹, qui répond à une logique purement opérationnelle telle que souhaitée par la Direction générale de la Garde civile.

Pour comprendre les enjeux de cette nouvelle configuration opérationnelle de la frontière hispano-marocaine, il suffit de reprendre le rapport officiel des autorités concernant les incidents de Tarajal à

³⁸⁹ Cinquième disposition finale de la loi 4/2015 sur la protection de la sécurité citoyenne, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015: « *Cette loi organique entrera en vigueur le 1er juillet 2015, sauf la première disposition finale, qui entrera en vigueur le jour suivant sa publication dans le Bulletin officiel de l'État* ». La première disposition finale est celle relative au régime spécial de Ceuta et Melilla.

Ceuta - ayant engendré le décès de 14 migrants³⁹⁰ - pour mieux visualiser dans les faits, le champ d'application du refus d'entrer systématique opposé aux étrangers à cette même frontière³⁹¹.

Il ressort du rapport que la mission de surveillance des côtes et frontières attribuée à la Garde civile a pour objectif d'empêcher l'entrée irrégulière des personnes sur le territoire national. De cette compétence tirée de l'article 12 de la loi 2/1986 sur les FCSE, les autorités policières s'appuient sur le blindage des *vallas* dont la finalité est d'abord de dissuader, puis d'entraver ou d'empêcher l'entrée des immigrants sur le territoire national³⁹². Pour y parvenir, les agents de la Garde civile disposent de l'intégralité du système des clôtures et de moyens anti-émeutes³⁹³, pour mieux répondre au caractère spécial « des frontières terrestres extérieures de Ceuta et Melilla soumises à une pression constante de l'immigration irrégulière »³⁹⁴. Concernant l'interception des étrangers, la Direction

³⁹⁰ Article de presse « *Una tragedia de 10 minutos y 14 muertos* », El País, 13.02.2014, en ligne sur: http://politica.el-pais.com/politica/2014/02/13/actualidad/1392309734_585875.html ; Article *La reconduite à la frontière marocaine des migrants: les inquiétudes de l'Union européenne*, 13 mars 2014, GDR ELSJ, en ligne sur: <http://www.gdr-elsj.eu/2014/03/13/immigration/la-reconduite-a-la-frontiere-marocaine-des-migrantes-les-inquietudes-de-lunion-europeenne/> ; Concernant les patrouilles mixtes organisées entre les forces espagnoles et marocaines, le journal El Faro Melilla fait état de 1200 patrouilles organisées entre 2005 et février 2017. Consulter l'article « *La Guardia Civil y la Gendarmería han realizado 1.200 patrullas mixtas desde 2005* », El Faro Melilla, 11/06/2017: « *La Guardia Civil y la Gendarmería Real Marroquí han realizado un total de 1.200 patrullas mixtas desde el 2005 hasta febrero de 2017. Ésta es la respuesta del Gobierno central a una pregunta presentada en el Congreso por el senador de EH Bildu Jon Iñarritu* »,

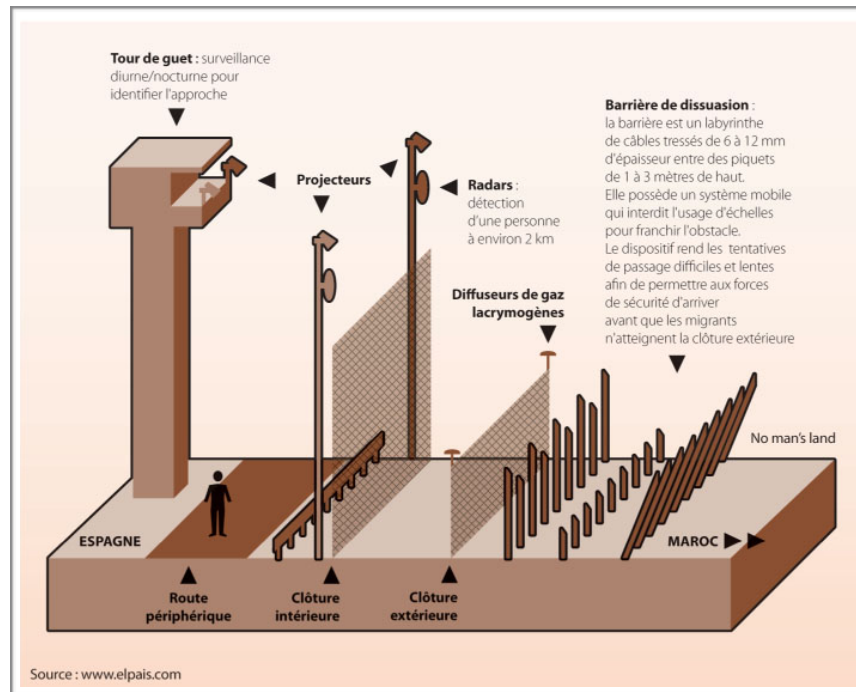
³⁹¹ Informe incidentes fronteras de Ceuta día 06/02/2014, 8 de febrero de 2014, Anexo 186/1978, Guardia civil Dirección general, Congreso de los Diputados - Secretaria General - Registro General, entrada 121131. Ce rapport figure en annexe 1.

³⁹² « *El objetivo de impedir la entrada de inmigrantes en territorio nacional se apoya en los elementos siguientes: un sistema de detección avanzada, a base de cámaras y sensores; un obstáculo de vallas antes mencionado, cuya finalidad es la de disuadir, en primer término, y la de obstaculizar o impedir en un segundo término* », in Informe incidentes fronteras de Ceuta día 06/02/2014, 8 de febrero de 2014, p.6.

³⁹³ Conformément à l'article 5 de la loi 2/1986 sur les FCSE, l'usage des moyens anti-émeutes sont soumis aux principes d'opportunité, de cohérence et de proportionnalité.

³⁹⁴ « *Las especiales características de las fronteras terrestres exteriores de Ceuta y Melilla, sometidas a una presión constante de la inmigración irregular mediante frecuentes asaltos masivos a dichas fronteras, hicieron aconsejable que el Gobierno de la Nación, teniendo en cuenta igualmente las características geográficas de las mismas, decidiese establecer un conjunto de obstáculos, mediante la combinación de un sistema de vallas desplegadas en profundidad, que trate de impedir, o al menos dificultar, en la mayor medida posible y con el menor riesgo también posible, la entrada ilegal de inmigrantes en el territorio nacional* », in Informe incidentes fronteras de Ceuta día 06/02/2014, 8 de febrero de 2014, p.6.

de la GC considère l'entrée de l'étranger réputée consommée à partir du moment où il y a eu franchissement physique de la clôture intérieure³⁹⁵:



Dans les cas contraires, l'usage de la force à des fins d'éloignement immédiat de l'étranger est autorisée. D'ailleurs, les autorités considèrent le caractère opérationnel de la frontière hispano-marocaine comme similaire à celui de la frontière aérienne. Selon elle, l'entrée de la personne est réputée consommée lorsqu'elle franchit le contrôle policier. En l'absence des documents requis, son entrée sur le territoire lui est refusée, et demeure retenue dans les locaux aéroportuaires 'ad hoc' jusqu'à son renvoi.

Concernant la délimitation de la frontière maritime, la position officielle de la Direction Générale de la Garde civile est tout aussi atypique. En effet, la stratégie opérationnelle consiste à placer une

³⁹⁵ Concernant le schéma: E. RITAINE, « Des migrants face aux murs d'un monde-frontière », dans *L'enjeu mondial. Les migrations*. Paris, Presses de Sciences Po (P.F.N.S.P.), « Annuels », 2009, p. 155-164. URL : <http://www.cairn.info/l-enjeu-mondial-2--9782724611311-page-155.htm>

« barrière d'agents qui, en pratique, constitue la limite frontalière, admise également par les forces marocaines »³⁹⁶.

Par conséquent, il existerait une ligne imaginaire - faisant office de frontière - créée exclusivement pour faire barrage à l'arrivée des personnes déplacées. En somme, les étrangers qui se trouvent dans ces espaces frontières - qu'ils soient terrestres ou maritimes - ne relèveraient pas de la juridiction espagnole. La conclusion des autorités sur les événements de Tarajal va d'ailleurs dans ce sens: le renvoi à chaud des migrants est caractérisé uniquement lorsqu'il y a eu franchissement physique de cette nouvelle frontière opérationnelle décidée par la Garde civile.

En appliquant cette règle fonctionnelle aux événements de Tarajal, le renvoi à chaud n'est pas imputable aux forces espagnoles étant donné que les migrants ne se trouvaient pas sur le territoire national. La responsabilité des agents et de l'État ne peuvent pas être engagés.

La mise en danger des personnes déplacées est une conséquence de l'approche policière de la frontière hispano-marocaine consacrée dans la disposition additionnelle du régime spécial de Ceuta et Melilla, intégrée à la loi 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers. Cependant, le droit des traités n'est-il pas fermement opposé au relativisme lorsqu'il s'agit des frontières et de l'intégrité de nos territoires? Nos frontières ne sont-elles pas intangibles? Comment une autorité administrative peut-elle unilatéralement bouleverser la délimitation conventionnelle des frontières nationales pour des motifs d'ordre intérieur?

De nombreux indices laissent envisager la voie de fait sous couvert d'une disposition législative présumée inconstitutionnelle.

³⁹⁶ « *La practica consolidada es hacer un seguimiento con la embarcación por su seguridad e interceptarlos en la línea de agua de la playa anexa con una barrera de agentes que a efectos prácticos constituye el límite fronterizo, admitido asimismo por las fuerzas marroquíes* », in Informe incidentes fronteras de Ceuta día 06/02/2014, 8 de febrero de 2014, p.8.

Section 2 Le rejet de supervision du domaine de validité de l'ordre juridique espagnol à la frontière hispano-marocaine par le juge ordinaire

La pratique des renvois à chaud des personnes déplacées à la frontière hispano-marocaine a fait l'objet de vives critiques de la part du haut mandataire des Cortes générales concernant les agissements de la Garde civile sur cet frange du territoire. En effet, les obstacles systémiques rencontrés par les exilés à cette frontière remontent à de nombreuses années. Le rapport du Défenseur du Peuple de 2005 peut nous éclairer à ce sujet³⁹⁷. Sur la thématique dédiée aux migrations, ce dernier avait déjà constaté que la frontière fonctionnelle telle que décidée par la Direction Générale de la Garde civile, était à l'origine des problématiques récurrentes relatives aux entraves des droits reconnus aux personnes déplacées. L'administration dispose effectivement de tous les moyens qu'elle jugera opportuns pour garantir la sécurité à la frontière hispano-marocaine. Preuve en est des clôtures et barrières, ou des diffuseurs de gaz lacrymogène.

Cependant l'application territoriale de l'ordre constitutionnel espagnol est une faculté qui ne relève pas du pouvoir de commandement de la Garde civile. Même si la loi 2/1986 considère que « le Gouvernement, sur proposition commune des Ministères de Défense et de l'Intérieur, déterminera l'extension de la mer territoriale sur laquelle s'exerceront les compétences attribuées par cette loi à la Garde civile »³⁹⁸, les limites à la juridiction de l'État relèvent des traités conclus entre l'Espagne et le Maroc, puis du droit international des traités.

³⁹⁷ Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales / Defensor del Pueblo, 6.3.2. *Ubicación del perímetro de Melilla y legislación aplicable*, p. 292.

³⁹⁸ Traduction de la troisième disposition additionnelle alinéa 5 de la loi organique 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986 : « *El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa e Interior, determinará la extensión del mar territorial sobre el que se ejercerán las competencias atribuidas por esta Ley al Cuerpo de la Guardia Civil* ». Cette délimitation Aucune donnée relative à la constitutionnalité de cette disposition.

Onze ans plus tard, le rapport du Défenseur du Peuple pour l'année 2016, fait également état de plusieurs plaintes dont l'objet concerne le renvoi sommaire de plusieurs personnes déplacées notamment en mer³⁹⁹. Quant à la Direction Générale de la Garde civile, sa position ne paraît guère avoir évoluée. Selon elle, les agissements des agents présents sur le terrain sont conformes au droit en vigueur. À l'instar de la disposition additionnelle sur le régime spécial de Ceuta et Melilla, l'ordre de service sur la surveillance et l'imperméabilisation des frontières dans la ville de Ceuta oblige les fonctionnaires de la Garde civile à « matérialiser les missions d'imperméabilisation frontalière en mer, qui fondamentalement consisteront en la détection rapide des embarcations d'immigrants qui tenteront d'accéder au territoire national. Cette détection devrait, permettre d'alerter de façon opportune les autorités marocaines (...) avant que les immigrants s'approchent des eaux espagnoles »⁴⁰⁰.

L'intérêt porté par le Défenseur du Peuple au refoulement automatique des exilés est essentiel pour alerter le législateur et la société civile des activités de la Garde civile à la frontière hispano-marocaine. Cependant son pouvoir qu'il tire de la Constitution et de la loi⁴⁰¹ demeure insuffisant pour remédier efficacement aux entraves à la sécurité juridique. Pour y répondre, l'analyse du droit prétorien des Cours nationales et régionales semble essentielle pour en vérifier la conformité à l'ordre constitutionnel espagnol.

³⁹⁹ Informe anual 2016 y debates en las Cortes Generales / Defensor del Pueblo, 4.4.1 *Puestos no habilitados*, p. 246 - 247. Sur ces renvois, le Défenseur ne dispose pas de données concernant l'âge des migrants et les motifs de leur venue. Par conséquent, il est impossible de savoir s'il s'agissait de mineurs isolés ou de personnes en quête de protection internationale.

⁴⁰⁰ Traduction personnelle de l'extrait tiré de: Informe anual 2016 y debates en las Cortes Generales / Defensor del Pueblo, 4.4.1 *Puestos no habilitados*, p. 247: « Según dicha orden, los funcionarios de la Guardia Civil tendrían la misión de «Materializar las tareas de impermeabilización fronteriza en el mar, que fundamentalmente consistirán en la detección temprana de las embarcaciones que con inmigrantes traten de acceder a territorio nacional. Esta detección debería, caso de ser posible, permitir alertar de forma oportuna a las autoridades marroquíes para que se hagan cargo de la incidencia antes de que los inmigrantes se acerquen a las aguas españolas».

⁴⁰¹ « Une loi organique réglera l'institution du Défenseur du Peuple, en tant que haut mandataire des Cortes générales désigné par celles-ci pour défendre les droits figurant au présent titre; à cette fin, il pourra contrôler les activités de l'Administration, faisant rapport aux Cortes générales » Constitution espagnole, précitée, art. 54 ; Sur le développement législatif des pouvoirs du Défenseur du Peuple: Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, BOE de 07 de Mayo de 1981.

Premièrement, il ressort de l'arrêt 46/1990 du TC que le principe de sécurité juridique tiré de l'article 9.3 CE, implique du législateur qu'il poursuive « la clarté et non la confusion normative (...), sans conduire à des situations objectivement confuses »⁴⁰². En effet, il doit oeuvrer pour une prévisibilité de sa loi sous peine d'entraîner la censure du juge constitutionnel.

En l'espèce, la disposition sur le régime spécial de Ceuta et Melilla est contraire à la sécurité juridique parce qu'elle encourage l'imprévisibilité du droit dans le système normatif espagnol. La situation d'incertitude provoquée par cette disposition n'est pas conciliable avec l'exigence de clarté soulevé par le juge constitutionnel étant donné qu'elle dépossède l'exilé interpellé des droits reconnus dans l'ordre juridique interne. Si l'on reprend la loi 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers, la disposition additionnelle en cause est une entrave formelle au-x- :

1. droits fondamentaux des étrangers tirés du titre I de la Constitution dans les termes qu'établiront les traités et la loi (article 3);
2. droit à la protection effective des juges ainsi que des garanties prévues dans la législation générale sur la procédure administrative étant respectivement la publicité des normes, le principe du contradictoire, l'audience de l'intéressé et la motivation des actes (article 20);
3. droit au recours contre les actes administratifs (article 21);
4. droit à l'assistance juridique gratuite dans les procès auxquels les étrangers sont parties (article 22);
5. recours individuel d'amparo contre les pratiques discriminatoires qui entraînent la violation des droits et libertés fondamentales (article 24);

⁴⁰² Traduction personnelle STC 46/1990, de 15 de marzo (Pleno), núms. 573/1988 y 1591/1989, BOE de 9 de abril de 1990, FJ 4 *in fine*: "la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...).

6. droit à une résolution motivée comprenant l'information nécessaire pour contester le refus d'entrée, les délais prévus à cet effet et le nom de l'autorité devant laquelle l'étranger doit formaliser sa demande, puis de son droit à un avocat et à un interprète dès le contrôle de l'intéressé au poste frontière (article 26.2);
7. et au droit à contester le vice de compétence de la Garde civile concernant son renvoi en ce sens où son renvoi doit être accordée par l'autorité administrative compétente à savoir le Ministre de l'Intérieur ou son représentant au niveau local (article 58.5).

La disposition finale de la loi organique 4/2015 sur le régime spécial de Ceuta et Melilla devra dans ce cas être déclarée contraire à l'article 9.3 CE, en ce sens où les termes du législateur sont une altération indéniable à la clarté de la loi telle que définie dans l'arrêt 46/1990 précité du TC.

Pouvons-nous alors qualifier l'action du Gouvernement législateur espagnol comme une entrave à l'effectivité de la liberté et de l'égalité de l'étranger en droit constitutionnel? Le régime d'exception applicable à Ceuta et Melilla est un frein à leur réalité et une entrave à leur plein épanouissement et devrait être déclarée contraire au principe d'égalité et de liberté tiré de l'article 9.3 de la Constitution⁴⁰³.

Deuxièmement, il résulte des termes de la loi 6/1985 sur le Pouvoir Judiciaire qu'il incombe au juge ordinaire « d'exécuter et appliquer impartialement les normes, de contrôler la légalité de l'action administrative, et d'offrir à toutes les personnes la protection effective d'un juge dans l'exercice de

⁴⁰³ « 1. Les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique. 2. Les pouvoirs publics sont tenus de promouvoir les conditions nécessaires pour que la liberté et l'égalité de l'individu et des groupes auxquels il s'intègre soient réelles et effectives, de supprimer les obstacles qui empêchent ou entravent leur plein épanouissement et de faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, culturelle et sociale. 3. La Constitution garantit le principe de la légalité, la hiérarchie et la publicité des normes, la non rétroactivité des dispositions impliquant des sanctions qui ne favorisent pas ou qui restreignent des droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part », Constitution espagnole, précitée, art. 9.

leurs droits et intérêts légitimes »⁴⁰⁴. Son autorité s'exerce sur toutes les personnes, à toutes les matières et sur tout le territoire espagnol. Le pouvoir judiciaire s'est d'ailleurs prononcé à deux reprises sur des faits engageant la responsabilité des agents des forces de l'ordre suite à l'expulsion arbitraire de plusieurs migrants interceptés sur le territoire espagnol.

En l'espèce, Federación Andalucía Acoge, Federación de Asociaciones de SOS Racismo et Prodein ont saisi le pouvoir judiciaire concernant le refoulement organisé de plusieurs exilés par les forces marocaines et espagnoles qui se sont déroulés sur le territoire national, les 18 juin et 13 août 2014⁴⁰⁵. La majorité des personnes refoulées vers le Maroc étaient d'origine malienne et pour la majorité d'entre eux, des candidats potentiels à l'asile. Attendu que l'article 404 du code pénal considère qu'une résolution arbitraire édictée par une autorité ou un fonctionnaire public, constitue un délit de prévarication puni d'une peine de suspension pour un temps de 9 à 15 mois, la mise en accusation du Colonel Chef du Commandement de la Garde civile était justifiée.

Signataire de l'ordre de service 6/2014 intitulée « Dispositif anti-intrusion dans la clôture d'enceinte de Melilla et protocole opérationnel de surveillance des frontières »⁴⁰⁶ du 11 avril 2014 et de deux ordres verbaux datés des 18 juin et 13 août 2014, le Colonel Chef avait manifestement ignoré le principe de primauté des Traités conclus entre l'Espagne et le Maroc concernant la délimitation de la frontière hispano-marocaine, et les normes impératives qui prohibent les traitements inhumains et dégradants dont celui de ne pas refouler une personne vers un territoire où sa vie est menacée⁴⁰⁷. Suite au rejet de sa demande de non lieu, le Ministère public interjeta appel contre cette première

⁴⁰⁴ Traduction personnelle des termes de l'exposé des motifs (*Exposición de motivos*), Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985, § 2.

⁴⁰⁵ Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 2 de Melilla, procedimiento penal, Auto, núm 866/2014, 11 de septiembre de 2014.

⁴⁰⁶ Traduction des termes: "*Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras* », décision précitée, FJ 7.

⁴⁰⁷ Auto, núm 866/2014, 11 de septiembre de 2014, FJ 2 à 7.

ordonnance le 26 novembre 2014 devant l'Audience provinciale de Malaga⁴⁰⁸ pour ces mêmes motifs :

1. l'ordre de service 6/2014 intitulée « Dispositif anti-intrusion dans la clôture d'enceinte de Melilla et protocole opérationnel de surveillance des frontières » est un document interne aux forces de l'ordre et dépourvu d'effets expresses ou obligatoires;
2. la simple irrégularité administrative de l'ordre de service en cause n'est pas suffisante pour retenir la qualification pénale de délit de prévarication selon les termes de l'article 404 du code pénal;
3. le Colonel de la Garde civile - en tant que sujet actif - n'avait pas conscience d'agir en marge de la loi selon sa déclaration sous serment du 3 octobre 2014. Par conséquent, aucun élément subjectif - à savoir l'intention d'agir à tort - ne peut être retenu pour qualifier pénalement le délit de prévarication;
4. l'opération menée contre l'assaut des migrants ont pour finalité, non pas de détourner le droit applicable en vertu de la législation sur les étrangers, mais de donner lieu à son application forcée.⁴⁰⁹

Partant, le non lieu en l'état doit être prononcé contre l'ordonnance d'inculpation du Colonel Chef de la Garde civile. Pour s'en assurer, le juge de l'appel devra apprécier les faits de l'espèce selon les termes de l'arrêt n° 1026/2009 du Tribunal suprême, portant sur la définition et la portée du délit de prévarication administrative⁴¹⁰. Selon ce même Tribunal, cinq conditions cumulatives doivent être requises pour aboutir à la qualification d'une prévarication ou d'une voie de fait:

⁴⁰⁸ Audiencia provincial de Málaga, Sección n°7 de Melilla, Auto n°83/15, Resolución 83/2015, 7 de abril 2015.

⁴⁰⁹ Traduction des fondements de l'appel formé par le Ministère public dans: Auto n°83/15 précitée, FJ 1 §2.

⁴¹⁰ STS 1026/2009, Sala 2ª, de lo Penal, 16 de Octubre de 2009.

1. la résolution administrative doit être dictée par une autorité ou un fonctionnaire dans un domaine qui relève de l'administration;
2. cette mesure doit être contraire au droit applicable, c'est-à-dire illégale;
3. cette contradiction au droit ne peut pas s'expliquer avec une argumentation technico-juridique raisonnable;
4. elle doit entraîner un résultat matériellement injuste;
5. et pour finir, l'autorité ou le fonctionnaire doit avoir conscience qu'il agit consciemment contre le Droit.

À la lecture de ces cinq points, nul doute à avoir sur le caractère illégal des résolutions administratives émises par le Chef Colonel de la Garde civile. Effectivement, la poursuite de l'instruction contre cet agent décidée par le juge de première instance était clairement fondée sur l'irrégularité de ces mesures, au motif qu'elles ont eu pour conséquence d'autoriser sur le territoire espagnol le refoulement arbitraire de plusieurs étrangers vers le Maroc.

Selon le juge de l'appel, l'illégalité ou la contrariété des décisions en cause ne peut pas être entendue comme constitutive d'une grossière infraction au droit national parce qu'elles « s'intègrent à la politique nationale sur l'asile et l'immigration maintenue depuis des années à la frontière sud de Ceuta et Melilla »⁴¹¹. En effet, les assauts de migrants - dont la finalité serait l'entrée illégale de nombreuses personnes non identifiées et parfois violentes sur le territoire espagnol - auraient justifier les motivations du Chef Colonel de la Garde civile sur cette prise de mesures opérationnelles à la frontière hispano-marocaine.

Le renvoi expéditif des étrangers vers le Maroc contrarie le régime légal de l'éloignement des étrangers applicable à la frontière nationale. C'est un argument retenu par le juge de l'Audience provinciale de Malaga. Cependant, ces résolutions inhérentes à la politique de l'État depuis la

⁴¹¹ Traduction extraite de l'Auto n°83/15, Resolución 83/2015, 7 de abril 2015, FJ 5.

construction des *vallas*, ne permettent pas d'engager la responsabilité pénale du Chef Colonel de la Garde civile⁴¹². C'est un choix stratégique et souverain de l'État espagnol qui d'ailleurs, « semble être en phase avec la réforme législative actuellement en cours dans cette matière »⁴¹³.

Par conséquent, l'annulation de l'ordonnance du 11 de septembre de 2014 doit être prononcée au même titre qu'un non lieu partiel et provisionnel de la cause, concernant l'ordre 6/2004 et verbaux des 18 juin et 13 août 2014.

Surprenante dans son dispositif et déconcertante sur son approche substantielle du principe de non-refoulement, la décision du juge de l'Audience provinciale considère les mesures prises par le Chef Colonel comme la manifestation d'une politique claire menée par les Gouvernements successifs depuis la levée des *vallas* en 1998.

Selon l'article 103.1 CE, « l'administration publique sert avec objectivité les intérêts généraux et agit conformément aux principes d'efficacité, hiérarchie, décentralisation, déconcentration et coordination et se soumet pleinement à la loi et au droit ». Si l'on suit la logique du constituant, aucune dérogation ne peut être tolérée lorsqu'il s'agit d'assurer la prééminence de la règle de droit. Dépourvu d'un droit à l'autonomie dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, les fonctionnaires de police ont l'obligation d'assurer la protection du libre exercice des droits et des libertés, ainsi que la garantie de la sécurité des citoyens. Tel est la portée de l'article 104 CE.

Or, les actes pris par le Chef Colonel sont une atteinte grave et illégale à l'exercice des droits et libertés consacrés au Titre I de la Constitution, et compromettent la sécurité des personnes interceptées aux frontières. Effectivement, comment l'état de droit peut-il s'assurer que sur son territoire, aucun étranger ne pourra être expulsé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ? Le recours d'inconstitu-

⁴¹² Concernant le régime de responsabilité, le juge semble considérer qu'elle doit être imputable à l'État mais non à un agent fonctionnaire de la Garde civile.

⁴¹³ Traduction extraite de l'Auto n°83/15, Resolución 83/2015, 7 de abril 2015, FJ 5 *in fine*.

tionnalité portant sur le régime spécial de Ceuta et Melilla, permettra-t-il de censurer cette tolérance menaçante du refoulement des étrangers à la frontière hispano-marocaine⁴¹⁴ ?

Dans son rapport concernant sa visite en Espagne en juillet 2014, de nombreuses inquiétudes subsistent quant au sort des étrangers interceptés par les membres de la Garde civile, puis remis aux forces marocaines⁴¹⁵.

D'ailleurs, il suffit de se reporter aux griefs tirés de l'article 3, 5 §§ 1 f) et 2, et 13 en relation avec l'article 5 § 1 f) ConvEDH de la requête n°19420/15, Doumbe Nnabuchi c. Espagne, du 13 avril 2015 devant le juge de Strasbourg, pour se rendre compte de la violence générée par la pratique généralisée du refoulement des migrants, par la Garde civile à la frontière sud du territoire.

Selon le requérant, la responsabilité internationale de l'Espagne doit être engagée devant la Cour-EDH dans la mesure où :

1. l'usage de la force lors de son arrestation par la Garde civile en vue de son refoulement le 15 octobre 2014 était disproportionnée;
2. son arrestation n'était pas conforme au droit en vigueur;
3. les autorités ne l'ont pas informé de ses droits ainsi que des raisons de son arrestation;
4. il n'a pas pu bénéficier de son droit à l'assistance juridique;
5. le requérant a fait l'objet d'une expulsion collective contraire à l'article 4 du Protocole n°4;

⁴¹⁴ Recurso de inconstitucionalidad n.o 2896-2015, contra los artículos 19.2, 20.2, 36.2, 36.23, 37.1 en relación con el 30.3, 37.3, 37.7, y la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE núm. 143, Martes 16 de junio de 2015.

⁴¹⁵ « En ce qui concerne l'accès au territoire espagnol via les clôtures à la frontière, la délégation a reçu des allégations concordantes, confirmées par des images vidéo, selon lesquelles des migrants irréguliers étaient interceptés avant ou juste après celles-ci par des membres de la Guardia Civil, et étaient immédiatement renvoyés de force au Maroc – après avoir été parfois menottés – sans avoir été identifiés. Plusieurs ressortissants étrangers ont également indiqué à la délégation avoir été appréhendés par la Guardia Civil plusieurs centaines de mètres après la frontière. Il semble en effet que la tâche de la Guardia Civil comprenne également l'appréhension de migrants irréguliers alors qu'ils sont en route vers le CETI de Melilla et leur renvoi vers le Maroc. De plus, les ressortissants étrangers étaient prétendument parfois renvoyés au Maroc alors qu'ils étaient blessés ou pouvaient à peine marcher (voir également le paragraphe 47). », Rapport CPT/Inf (2015) 19, du 9 avril 2015, relatif à sa visite en Espagne effectuée en juillet 2014.

6. il a été privé de son droit à la protection juridictionnelle effective en Espagne concernant son refoulement vers le Maroc et le risque d'y être exposé à des traitements inhumains et dégradants.

Les réponses du Gouvernement espagnol aux questions posées par la CourEDH dans le cadre de cette affaire, seront une preuve irréfragable pour mesurer la portée de la prééminence du droit en Espagne⁴¹⁶. En effet, n'est-il pas possible d'ôter toute incertitude dans cette loi pour qu'il puisse exister un sens clair de la norme et de ce qu'elle protège ?⁴¹⁷

Oui, la lisibilité de la loi sur le régime spécial de Ceuta et Melilla pose un problème de fond en privant le mineur, le réfugié et l'apatride, des droits-garanties essentiels au respect de sa dignité et des droits inviolables qui lui sont inhérents⁴¹⁸.

Oui, l'état de droit espagnol ne peut pas déposséder les personnes déplacées à sa frontière du « droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, sans qu'en aucun cas ils puissent être soumis à la torture ni à des peines ou à des traitements inhumains ou dégradants »⁴¹⁹.

⁴¹⁶ « 1. Le requérant a-t-il été soumis, en violation de l'article 3 de la Convention, à des traitements inhumains ou dégradants par des agents de la Garde civile lors de sa descente de la clôture de Melilla ? 2. Le requérant a-t-il été arrêté en violation de l'article 5 §§ 1 f) et 2 de la Convention ? 3. Le refoulement immédiat (*devolución « en caliente »*) du requérant vers le Maroc par les autorités espagnoles s'analyse-t-il en une expulsion contraire à l'article 4 du Protocole n°4 ? 4. L'intéressé a-t-il eu accès à un recours effectif devant une instance nationale garanti par l'article 13 de la Convention pour faire valoir ses droits garantis par les articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n°4 ? », Exposé des faits et questions, Requête n°19420/15, *Albert Julio Doume Nnbouchi* contre l'Espagne, introduite le 13 avril 2015, p. 5.

⁴¹⁷ A. FLÜCKIGER (Professeur de droit), « *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal* », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 Dossier : La normativité - janvier 2007. Selon cet auteur, « *l'opinion classique trouve probablement sa source dans la confusion trop fréquente, en droit continental du moins, entre le texte de norme et la norme. Le droit ne se résume pas au texte de loi; le texte de norme n'est pas la norme, mais constitue un élément parmi d'autres - certes important - qui sert au juge de matériau pour produire la norme chaque fois qu'il doit concrétiser le texte dans un cas spécifique* ».

⁴¹⁸ « *La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale* », Constitution espagnole, précitée, art. 10, précité.

⁴¹⁹ « *Tous ont droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, sans qu'en aucun cas ils puissent être soumis à la torture ni à des peines ou à des traitements inhumains ou dégradants. La peine de mort est abolie, exception faite des dispositions que pourront prévoir les lois pénales militaires en temps de guerre* », Constitution espagnole, précitée, art. 10, précité.

Oui, le législateur doit participer au « développement des droits fondamentaux et des libertés publiques » parce que le constituant originaire l’y oblige depuis 1978⁴²⁰.

Oui, la parlementarisation renforcée de la fonction gouvernementale est un danger dans un système où, il n’existe qu’une distinction - et non une séparation - formelle des pouvoirs.

Le système constitutionnel espagnol est victime d’un déclin grandissant de sa loi. Le contexte actuel y est pour beaucoup en obligeant les pouvoirs exécutifs à agir dans l’immédiateté et l’instantané, pour faire barrage aux mains invisibles que sont le terrorisme et la criminalité transnationale. Aujourd’hui, s’ajoute celle de l’impunité.

⁴²⁰ « Les lois organiques sont celles qui se réfèrent au développement des droits fondamentaux et des libertés publiques, celles qui approuvent les statuts d’autonomie et le régime électoral général, ainsi que les autres lois prévues dans la Constitution », *Constitution espagnole, précitée*, art. 81.1 CE. Le pouvoir législatif est alors l’institution clé concernant l’approche de l’état de droit par les droits fondamentaux.

Conclusion du Titre 1

La configuration légale et fonctionnelle de la frontière hispano-marocaine est une entrave à la territorialité du droit des réfugiés et des droits de l'homme. L'approche nouvelle de la frontière par les politiques européennes relatives aux contrôles aux frontières tend à faire primer l'opérationnel sur l'effectivité des droits fondamentaux pour mieux endiguer les flux migratoires, jusque dans les incohérences juridictionnelles et l'affaiblissement des lois.

Titre 2

L'assise européenne de la sécurité et des droits fondamentaux

Les pressions exercées par l'afflux massif de personnes fuyant les persécutions dans les États de la corne ouest de l'Afrique ont entraîné une surélévation des exigences sécuritaires. Cette tendance s'est amorcée dès 1991 avec l'ambition de l'exécutif communautaire de s'engager sur la voie du partenariat avec les États africains émetteurs d'immigration⁴²¹ pour surveiller conjointement les frontières extérieures. Cette logique a entraîné la superposition de la frontière nationale sur celle de l'État tiers pour endiguer les flux migratoires depuis son territoire (Chapitre 1). La question qui se pose est alors celle de la territorialité du droit dans le cadre d'opérations de surveillance des frontières espagnoles depuis le territoire des pays partenaires⁴²² (Chapitre 2).

⁴²¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, sur l'immigration 23 octobre 1991, SEC(1991) 1855 final.

⁴²² Sur ce thème, se référer à l'article du Monde diplomatique de M. FOUCHER (Géographe, ancien ambassadeur, titulaire de la chaire de géopolitique appliquée au Collège d'études mondiales de la Fondation Maison des sciences de l'homme) sur « *L'Union européenne au défi de ses frontières - Un espace politique à géométrie variable* », de novembre 2016. Son analyse sur les frontières de l'organisation - en tant que système à part entière - est intéressante pour en comprendre les fondements. A titre d'exemple, l'auteur considère que « *l'incertitude conceptuelle de l'Europe géographique se prolonge dans l'évolution incessante de ses frontières... L'impossibilité d'un accord sur les limites ultimes tient également à l'existence de plusieurs conceptions antagonistes.* ». En ligne sur: <http://www.monde-diplomatique.fr/2016/11/FOUCHER/56768>

Chapitre 1

L'altération progressive de la territorialité du droit par la projection extérieure des frontières espagnoles dans le cadre de l'UE

Il n'apparaît pas nécessaire de revenir ici sur la genèse de l'action extérieure de l'UE notamment au travers des deux premiers programmes pluriannuels de l'ELSJ⁴²³ puisque c'est l'étape Stockholm (2010-2014) et son programme éponyme qui font de la dimension extérieure de l'ELSJ une vraie priorité politique des institutions européennes⁴²⁴. La contrainte aux frontières est effectivement une compétence partagée entre l'État et l'UE⁴²⁵.

Le programme de Stockholm vise à « garantir le respect des droits et libertés fondamentales et l'intégrité de la personne, tout en assurant la sécurité en Europe d'une part, et les mesures permettant de préserver les droits de la personne, l'État de droit et les règles relatives à la protection internationale, d'autre part »⁴²⁶. Fondé sur le partenariat avec les États tiers⁴²⁷, il tend à « améliorer les capacités des Pays tiers - d'effectuer le contrôle de frontière, de contraster l'immigration illégale, de mieux

⁴²³ Il s'agit ici des Programmes de Tampere (1999-2004) et de La Haye (2005-2009).

⁴²⁴ Conseil européen de Bruxelles, 10-11 décembre 2009, conclusions de la Présidence, doc. n. EUCO 6/09 - *Le programme de Stockholm - Une Europe ouverte et sûre, qui sert et protège les citoyens*, JOC 115, du 4.4.2010, pp. 1-38.

⁴²⁵ « Les compétences partagées entre l'Union et les États membres s'appliquent aux principaux domaines suivants: (...) j) l'espace de liberté, de sécurité et de justice », Article 4.2.j) TUE, précité.

⁴²⁶ Programme de Stockholm précité, § 1.1 p. 4.

⁴²⁷ « Le Conseil européen a toujours souligné que la politique migratoire de l'Union devait faire partie intégrante de sa politique étrangère et relève que l'approche globale de l'Union sur la question des migrations a fait la preuve de son utilité en tant que cadre stratégique à cet effet. Sur la base des principes initiaux de solidarité, d'équilibre et de partenariat véritable avec les pays d'origine et de transit extérieurs à l'Union et dans le droit fil de ce qui a déjà été réalisé, le Conseil européen demande que cette approche intégrée soit encore développée et consolidée. Il faut accélérer la mise en œuvre de l'approche globale sur la question des migrations par une utilisation stratégique de tous ses instruments existants et l'améliorer par une coordination accrue. Il faut maintenir un équilibre entre ses trois dimensions (promouvoir la mobilité et la migration légale, optimiser le lien entre migration et développement, et prévenir et combattre l'immigration illégale). La coopération avec les principaux pays concernés d'Afrique et d'Europe de l'Est et du Sud-Est devrait demeurer prioritaire », Programme de Stockholm précité, § 6.1.1 p. 39.

gérer les flux migratoires »⁴²⁸. Cependant, l'action de l'Union dans ce domaine exclut l'intervention du Parlement européen et le contrôle du juge de la CJUE. L'alinéa 2 de l'article 24 TUE est clair à ce sujet⁴²⁹.

L'analyse du droit de l'UE devrait alors nous aider à vérifier si la conciliation des mécanismes sécuritaires portés par l'UE (volet sécurité) avec le respect des droits fondamentaux (volet liberté) a un sens concret et non illusoire dans cette projection extérieure des frontières dans le cadre de l'UE (Section 1). Mais de nombreux indices laissent à penser que la déclinaison espagnole de cette nouvelle approche des frontières à l'échelle de l'UE pose un problème de garantie du droit d'asile et son corollaire le principe de non-refoulement. Le caractère administratif de cette politique et l'absence du contrôle du juge de l'UE y participent (Section 2).

⁴²⁸ F. TOSO, « *La dimension extérieure de la politique migratoire de l'UE* », Thèse pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Strasbourg, École doctorale droit, science politique, histoire, Centre d'études internationales et européennes, soutenue le 23 mai 2013, p. 44.

⁴²⁹ Article 24.2 TUE: « *La politique étrangère et de sécurité commune est soumise à des règles et procédures spécifiques. Elle est définie et mise en œuvre par le Conseil européen et le Conseil, qui statuent à l'unanimité, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement. L'adoption d'actes législatifs est exclue. Cette politique est exécutée par le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et par les États membres, conformément aux traités. Les rôles spécifiques du Parlement européen et de la Commission dans ce domaine sont définis par les traités. La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne ces dispositions, à l'exception de sa compétence pour contrôler le respect de l'article 40 du présent traité et pour contrôler la légalité de certaines décisions visées à l'article 275, second alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* », Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne - Traité sur l'Union européenne (version consolidée) - Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) - Protocoles - Annexes - Déclarations annexées à l'acte final de la Conférence intergouvernementale qui a adopté le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 - Tableaux de correspondance Journal officiel n° C 326 du 26/10/2012 p. 0001 - 0390.

Section 1

L'action extérieure de l'UE en matière de frontières

L'action extérieure de l'Union en matière de frontières est un domaine de compétences mis en oeuvre par l'exécutif de l'UE avec l'appui des États membres situés aux frontières extérieures et des Pays tiers. Conformément aux principes de subsidiarité⁴³⁰ et d'attribution⁴³¹, l'Union dispose des compétences pour activer l'ensemble des mécanismes jugés nécessaires pour protéger les frontières extérieures de l'ELSJ contre la criminalité transnationale et l'immigration illégale. L'engagement mutuel de l'UE et des partenaires africains est essentiel pour trouver des solutions qui permettent de garantir la sécurité des frontières extérieures et le respect du droit des réfugiés et des droits de l'homme.

Cependant la dimension extérieure des politiques relatives aux contrôles aux frontières est exclusivement centrée sur le renforcement de la sécurité (§1) au détriment des droits fondamentaux (§2).

⁴³⁰ « 1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences. 2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres », Article 5 TUE, extrait.

⁴³¹ « 3. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole », Article 5 TUE, extrait.

§1 Les carences de la dimension extérieure de l'ELSJ en matière de frontières

La projection vers l'extérieur de l'acquis européen en matière de frontières implique une coordination pointilleuse entre l'État et l'UE pour assurer un niveau élevé de sécurité dans le plein respect des droits fondamentaux. C'est sur cet équilibre que l'approche extérieure des frontières, de l'asile et de l'immigration est fondée. Cependant, la coopération intergouvernementale qui s'est dessinée depuis l'étape Stockholm, n'a pas permis d'assurer cet équilibre souhaité. La coopération avec les Pays tiers d'Afrique de l'ouest s'est exclusivement centrée sur le versant sécuritaire des frontières (A) sans promotion concrète des droits fondamentaux (B).

A . L'instrumentalisation du partenariat avec les États tiers

La dimension extérieure de l'ELSJ dans le domaine des frontières ne peut pas s'apprécier de façon autocentrée, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas formellement se dissocier des politiques communes en matière d'asile. Si l'on suit la lettre de l'article 67 TFUE, « l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice » parce qu'elle assure un espace sans frontières intérieures en développant « une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures »⁴³². La surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures et la mise en place progressive d'un système intégré de gestion de ces mêmes frontières⁴³³ sont liées à l'asile et au régime de l'expulsion des étrangers.

La politique des frontières dans sa dimension externe se définit par « le partenariat global avec les pays d'origine et de transit [pour favoriser] les synergies entre les migrations et le développement »⁴³⁴. Elle vise les États émetteurs d'immigration qui se trouvent au plus près des frontières extérieures de l'Union pour mieux lutter contre la migration illégale. Pour ce faire l'établissement d'un véritable partenariat avec les pays tiers et l'intégration des questions liées à la migration dans un cadre d'action global se sont révélés essentiels pour cette Europe tournée vers l'extérieur. D'ailleurs la Commission considère le renforcement des contrôles aux frontières et celui de la co-

⁴³² Article 67 TFUE.

⁴³³ Article 77 TFUE.

⁴³⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens - Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm*, Bruxelles, 20.4.2010, COM(2010) 171 final, p.8.

opération avec les pays tiers comme deux instruments de lutte contre les migrations illégales⁴³⁵, et directement associés à la dimension extérieure de la politique de l'UE en matière de migrations⁴³⁶.

Les frontières peuvent poser problème si elles sont envisagées dans l'intérêt exclusif d'œuvrer pour un durcissement de « la politique migratoire extérieure, pour laquelle l'approche globale de la question des migrations et de la mobilité fournit le cadre général »⁴³⁷. Le renforcement de la coopération avec les pays tiers est naturellement apparu comme une priorité stratégique essentielle à l'action de l'UE face à la pression migratoire⁴³⁸.

La réaction des institutions pour anticiper et empêcher les flux migratoires de masse soudains est inadaptée compte tenu du contexte actuel de crise des réfugiés. En n'activant ses ressources qu'au gré des fluctuations de l'actualité, l'on ne peut s'étonner du désordre des réponses

⁴³⁵ « 1. Instruments de lutte contre les migrations illégales: (...) Le renforcement des contrôles aux frontières et celui de la coopération avec les pays tiers, notamment au moyen d'accords de réadmission, ont déjà prouvé leur efficacité, comme il l'a été démontré dans certains États membres ayant signalé leur effet dissuasif et des améliorations du fonctionnement des accords sur le retour. », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Rapport annuel sur l'immigration et asile (2010)*, Bruxelles, 24.5.2011, COM(2011) 291 final, p.9.

⁴³⁶ « L'approche globale des migrations doit devenir un cadre politique plus équilibré, plus viable et à plus long terme afin de s'attaquer aux priorités géographiques et thématiques de l'UE. Les États membres, les institutions de l'UE et les agences concernées de celles-ci devront en outre coopérer plus efficacement pour anticiper et empêcher les flux migratoires de masse soudains, grâce à un mécanisme solide basé sur le principe de solidarité et en partenariat avec les pays tiers », COM(2011) 291 final, p.13.

⁴³⁷ « Il est évident que l'Union ne peut pas travailler dans l'isolement et il est essentiel qu'elle entretienne le dialogue avec le monde extérieur pour montrer notamment les avantages que peut apporter la migration vers l'UE. C'est pourquoi la Commission estime que l'UE devrait continuer de renforcer sa politique migratoire extérieure, pour laquelle l'approche globale de la question des migrations et de la mobilité fournit le cadre général. », VI Conclusions - Un cadre pour aborder ensemble les défis communs, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Troisième rapport annuel sur l'immigration et asile (2011)*, Bruxelles, 30.5.2012, COM(2012) 250 final, p.19.

⁴³⁸ « Le 23 avril 2012, le Conseil a adopté «L'action de l'UE face à la pression migratoire: une réponse stratégique», qui met en lumière six priorités stratégiques: (I) Renforcer la coopération avec les pays tiers d'origine et de transit en matière de gestion des migrations; (II) Renforcer la gestion des frontières extérieures; (III) Prévenir l'immigration clandestine à la frontière gréco-turque; (IV) Améliorer la lutte contre le détournement des voies de migration légales; (V) Préserver et protéger la liberté de circulation en prévenant les abus des ressortissants de pays tiers et (VI) Améliorer la gestion des migrations, notamment la coopération en matière de retour. », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Quatrième rapport annuel sur l'immigration et asile (2012)*, Bruxelles, 30.5.2012, COM(2013) 422 final, p.17; « Les présidences futures seront chargées de mettre à jour la liste des actions définies en annexe sur une base semestrielle, en tenant compte des changements liés à la pression migratoire, des progrès accomplis dans la mise en oeuvre de ces actions et de toute recommandation pertinente formulée dans le rapport annuel de la Commission sur l'immigration et l'asile. », Conseil de l'UE, note de la Présidence au Conseil/Comité mixte, *L'action de l'UE face à la pression migratoire: - Une réponse stratégique*, 8714/1/12 REV 1, Bruxelles, 23.04.2012, p.2.

apportées par l'UE⁴³⁹. Cette attitude ne permet pas d'inscrire son action extérieure dans une perspective globale et réalisable⁴⁴⁰. D'ailleurs le discours prononcé le 22 octobre 2014 par M. Juncker devant le Parlement européen n'aura pas non plus permis de croire au changement sur la manière d'appréhender les migrations. Elle consisterait aussi en un renforcement des capacités opérationnelles de l'Agence Frontex, puis en la mise en place d'équipes européennes de garde-frontières⁴⁴¹. Le discours peine à séduire à l'instar de l'Agenda européen sur la migration⁴⁴². Fondé sur l'action immédiate, l'agenda européen entend remédier aux tragédies humaines qui frappent l'ensemble du bassin méditerranéen⁴⁴³ par le partenariat avec les pays tiers⁴⁴⁴ et la mise de oeuvre de mesures pro-

⁴³⁹ H. LABAYLE (Professeur à l'UPPA), « *La politique extérieure de l'Union européenne en matière de Justice et d'affaires intérieures : chimère ou réalité ?* », in Mélanges en l'honneur de JC Gautron, Pédone, 2004, pp.681-685.

⁴⁴⁰ Cinq critères ont été définis pour justifier une action extérieure. Elle doit être nécessaire à la réalisation de l'espace commun, apporter une valeur ajoutée à l'action des États membres, s'inscrire dans une perspective globale, être réalisable et s'affirmer dans la durée. Se référer aux points 59 et 60 des conclusions du Conseil européen de Tampere, 16 octobre 1999 ainsi qu'à l'article de H. LABAYLE précité, p. 685.

⁴⁴¹ « *Dernier élément mais non des moindres, nous avons besoin de frontières sécurisées en Europe. Nos politiques communes en matière d'asile et de migration légale ne fonctionneront que si nous pouvons empêcher un afflux incontrôlé de migrants illégaux. Nous devons donc renforcer les capacités opérationnelles de Frontex, l'agence européenne pour la gestion des frontières. Un budget annuel d'à peine 90 millions d'euros ne saurait correspondre à la tâche que représente la protection des frontières communes de l'Europe. Nous avons besoin de mettre en commun plus de ressources entre les États membres pour renforcer le travail de Frontex et mettre en place des équipes européennes de garde-frontières, qui pourront être déployées rapidement dans le cadre d'opérations Frontex conjointes et d'interventions aux frontières. Cette tâche incombe conjointement à tous les États membres de l'UE, au Nord comme au Sud, et doit être assumée dans un esprit de solidarité* », Orientations politiques pour la prochaine Commission européenne, Discours d'ouverture de la session plénière du Parlement européen Jean-Claude Juncker Candidat à la présidence de la Commission européenne Strasbourg, 15 juillet 2014.

⁴⁴² « *L'Agenda européen sur la migration concrétise l'engagement politique du candidat Juncker, dès 2014. Il traduit ainsi la volonté du président de la Commission de donner un sens politique à son action, comme il l'avait annoncé. Dans une curieuse démarcation entre « l'immédiat » et le plus long terme, le discours peine pourtant à séduire. Ni par son appellation, puisque cet agenda européen sur « l'immigration » fait étonnamment l'impasse sur « l'asile », ni par sa construction thématique, la Communication (2015) 240 de la Commission n'est convaincante* », H. LABAYLE, *L'Agenda européen sur la migration : quatre affichages et un enterrement ? (actualisation)*, GDR ELSJ, 1er juin 2015.

⁴⁴³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Un agenda européen en matière de migration*, Bruxelles, 13.5.2015, COM (2015) 240 final, p.4.

⁴⁴⁴ « *L'UE peut également entreprendre une action immédiate pour intervenir en amont dans les régions d'origine et de transit. La Commission et le Service européen pour l'action extérieure (SEAE) collaboreront avec des pays partenaires pour adopter des mesures concrètes visant à prévenir les voyages périlleux. Premièrement, l'UE devrait renforcer son soutien aux pays qui supportent le poids de l'afflux de personnes déplacées* », COM (2015) 240 final, p.6. Le Service européen pour l'action extérieure (SEAE) est le service diplomatique de l'UE. Son objectif est de renforcer la cohérence et l'efficacité de la politique étrangère de l'UE, et d'accroître ainsi l'influence de l'Europe dans le monde. Sur sa composition et ses missions: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/eeas_fr

grammatiques et financières⁴⁴⁵. Cependant ce sont ces mêmes pays qui sont à l'origine des départs de nombreux candidats à l'exil vers les frontières extérieures. Le renforcement sécuritaire des frontières est alors un sceau d'eau lancé dans le vide puisque le partenariat avec les pays voisins n'est pas une solution tant qu'ils ne partageront pas les mêmes principes qui ont présidé la création et le développement de l'UE. C'est pourtant une obligation consacrée à l'article 21 TUE⁴⁴⁶. Cette stratégie nécessaire mais ambitieuse ne pourra pas aboutir si au préalable l'UE n'oeuvre pas pour une stabilisation solidaire⁴⁴⁷ des frontières extérieures espagnoles, grecques et italiennes. Pourtant, le principe évoqué est sous-entendu à l'objectif de création d'un système intégré de gestion des frontières extérieures⁴⁴⁸, et fait partie intégrante du cadre normatif des frontières en droit de l'UE. Qu'il s'agisse des Règlements (UE) 2016/1624 relatifs au corps européen de garde-frontières⁴⁴⁹ ou

⁴⁴⁵ « Premièrement, l'UE devrait renforcer son soutien aux pays qui supportent le poids de l'afflux de personnes déplacées. Les programmes régionaux de développement et de protection seront approfondis et d'autres seront créés, qui concerneront d'abord l'Afrique du Nord et la Corne de l'Afrique et s'inspireront aussi de celui qui existe au Moyen-Orient. Une enveloppe de 30 millions d'EUR sera mise à disposition en 2015/2016 et devrait être complétée par d'autres contributions des États membres », COM (2015) 240 final, p.6.

⁴⁴⁶ « L'action de l'Union sur la scène internationale repose sur les principes qui ont présidé à sa création, à son développement et à son élargissement et qu'elle vise à promouvoir dans le reste du monde: la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international. L'Union s'efforce de développer des relations et de construire des partenariats avec les pays tiers et avec les organisations internationales, régionales ou mondiales qui partagent les principes visés au premier alinéa. Elle favorise des solutions multilatérales aux problèmes communs, en particulier dans le cadre des Nations unies », Article 21.1 TUE.

⁴⁴⁷ Le qualificatif 'solidaire' doit être entendu comme une valeur conformément à l'article 2 TUE selon lequel: « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

⁴⁴⁸ Article 77.1. c) TFUE.

⁴⁴⁹ « Il est nécessaire de contrôler efficacement le franchissement des frontières extérieures, de s'attaquer aux défis migratoires et aux éventuelles futures menaces aux frontières extérieures, d'assurer un niveau élevé de sécurité intérieure au sein de l'Union, de garantir le fonctionnement de l'espace Schengen et de respecter le principe fondamental de solidarité. Il est dès lors nécessaire de renforcer la gestion des frontières extérieures en s'appuyant sur les travaux de Frontex et en transformant celle-ci en une agence ayant une responsabilité partagée pour la gestion des frontières extérieures », Point (10), Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, 16.9.2016, JOUE L 251/1.

2016/399 concernant le code frontières Schengen⁴⁵⁰, les obligations d'assistance réciproque et de coopération étroite entre États sont inhérentes à la viabilité de l'ELSJ⁴⁵¹. D'ailleurs la politique des contrôles aux frontières est régie par le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier⁴⁵². Par conséquent, ne serait-il pas intéressant pour les États d'appliquer le droit auquel ils ont consenti depuis leur intégration à la Communauté? Le respect du principe de solidarité dans le domaine - certes régalién - du contrôle aux frontières, ne doit pas être minoré puisqu'il permettrait de remédier à de nombreuses difficultés rencontrées par l'Espagne, la Grèce ou l'Italie. Selon PASCOUAU, la construction de l'espace Schengen a toujours ménagé les souverainetés nationales⁴⁵³, laissant la mise en oeuvre des politiques relatives aux contrôles aux frontières extérieures aux États ; d'où la fragilisation manifeste de ces espaces et des complications qui en découlent en matière d'accès à la protection internationale. La gestion intégrée des frontières extérieures doit alors être entendue par le prisme exclusif de la solidarité entre États, y compris dans sa dimension externe. Ils devraient ainsi se prêter assistance et

⁴⁵⁰ « 1. Les États membres se prêtent assistance et assurent entre eux une coopération étroite et permanente pour que le contrôle aux frontières soit mis en œuvre de manière efficace, conformément aux articles 7 à 16. Ils échangent toutes informations utiles. 2. La coopération opérationnelle entre États membres en matière de gestion des frontières extérieures est coordonnée par l'Agence », article 17 du Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), 23.3.2016, JOUE L 77/1.

⁴⁵¹ Sur la solidarité entre les EM dans la gestion des flux migratoires, la Commission s'était intéressé à la problématique dès 2005: communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen *établissant un programme-cadre de solidarité et de gestion des flux migratoires pour la période 2007-2013*, - Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général «*Solidarité et gestion des flux migratoires*» - Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général «*Solidarité et gestion des flux migratoires*» - Proposition de décision du Conseil portant création du Fonds européen d'intégration des ressortissants de pays tiers pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général «*Solidarité et gestion des flux migratoires*» - Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général «*Solidarité et gestion des flux migratoires*», COM(2005) 123 final, Bruxelles, 6.4.2005.

⁴⁵² Article 80 TFUE.

⁴⁵³ Y. PASCOUAU (Chercheur senior associé à l'Institut Jacques Delors et Directeur à l'European Policy Centre), *L'espace Schengen face aux crises : la tentation des frontières*, Questions d'Europe n° 392, 17 mai 2016, Fondation Robert Schuman, en ligne sur: <http://www.robert-schuman.eu/fr/doc/questions-d-europe/qe-392-fr.pdf>;

assurer entre eux une coopération étroite et permanente⁴⁵⁴ pour mieux protéger les droits fondamentaux⁴⁵⁵.

À l'instar de FARCY, O'NEILL et WATT⁴⁵⁶, le principe de solidarité devrait être invoqué devant le juge de l'Union parce qu'il est un fondement de la communauté⁴⁵⁷. Sachant que tout manquement à ce principe affecte l'ELSJ jusqu'aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire⁴⁵⁸, l'intervention de la CJUE et du Parlement européen est fondamentale⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Règlement (UE) 2016/399, précité, art. 17

⁴⁵⁵ Règlement (UE) 2016/399, précité, art. 4.

⁴⁵⁶ J-B FARCY, E. O'NEILL et D. WATT, « *Cherche désespérément solidarité : quand la saga de l'asile dans l'Union européenne continue* », 5 avril 2016, GDR ELSJ, en ligne sur: <http://www.gdr-elsj.eu/2016/04/05/asile/4790/>; H. LABAYLE, « La politique d'asile de l'Union européenne, de la crise à la mutation? », *La semaine Juridique Édition Générale* n° 44, 26 Octobre 2015.

⁴⁵⁷ CJCE, arrêt du 29 juin 1978, Affaire 77/7, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV et autres contre Commission des Communautés européennes*, Racc. p. 1513, point 15.

⁴⁵⁸ CJCE, arrêt du 7 février 1973, Affaire 39-72, *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, Racc. p. 101, point 25.

⁴⁵⁹ « 1. La politique étrangère et de sécurité commune est soumise à des règles et procédures spécifiques. Elle est définie et mise en œuvre par le Conseil européen et le Conseil, qui statuent à l'unanimité, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement. L'adoption d'actes législatifs est exclue. Cette politique est exécutée par le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et par les États membres, conformément aux traités. Les rôles spécifiques du Parlement européen et de la Commission dans ce domaine sont définis par les traités. La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne ces dispositions, à l'exception de sa compétence pour contrôler le respect de l'article 40 du présent traité et pour contrôler la légalité de certaines décisions visées à l'article 275, second alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », TUE, art. 24.

B. Le manque d'efficacité des droits fondamentaux

Il ressort de l'article 67.1 TFUE que « l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ». Cela signifie que le système intégré de gestion et de surveillance des frontières extérieures doit assurer aux personnes déplacées le bénéfice des droits-garanties pour empêcher le refoulement. À cet égard l'article 6 TUE assure la reconnaissance des droits, des libertés, et des principes énoncés dans la CDFUE⁴⁶⁰, puis ceux de la CourEDH en tant que principes généraux du droit de l'UE⁴⁶¹.

Les mesures prises aux frontières extérieures doivent garantir le droit d'asile dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés⁴⁶², en s'assurant que les personnes déplacées ne soit pas éloignées, expulsées ou extradées - y compris collectivement⁴⁶³ - vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peine ou traitements inhumains ou

⁴⁶⁰ « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions », TFUE, art. 6.1.

⁴⁶¹ « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités. », TFUE, art. 6.2. Pour aller plus loin: F. PICOD (Professeur à l'Université Panthéon-Assas - Chaire Jean Monnet), « Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit », RDLF 2015, chron. n°02; Selon F. TOSO, « Dans l'ordre juridique de l'Union, les sources par excellence des droits des migrants sont la Charte UE, en tant qu'instrument de droit primaire de l'UE, et la CEDH, en tant qu'instrument dont sont issus les principes généraux du droit de l'Union. », extrait de « La dimension extérieure de la politique migratoire de l'UE », thèse soutenue le 27 mai 2013, pp. 76-77.

⁴⁶² « Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne », CDFUE, art. 18.

⁴⁶³ « Les expulsions collectives sont interdites » CDFUE, art. 19.1

dégradants⁴⁶⁴. En tant que pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés⁴⁶⁵, la Convention de Genève structure le système européen des frontières⁴⁶⁶ parce qu'elle assure aux personnes interceptées par les forces de police, que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté⁴⁶⁷. C'est pour cette raison que les actes législatifs et réglementaires de l'UE et de ses États membres doivent respecter, observer et promouvoir l'application des droits et principes tirés de la Charte⁴⁶⁸ et de la Convention de Genève, y compris lorsqu'ils coopèrent avec les Pays tiers⁴⁶⁹. D'ailleurs la coopération des pays tiers est facilitée puis encouragée par l'Agence

⁴⁶⁴ « Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peine ou traitements inhumains ou dégradants », CDFUE, art. 19.2.

⁴⁶⁵ CJUE, arrêt du 2 mars 2010, aff. jointes C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Aydin Salahadin Abdulla*, Rec. p. I-1493, point 52.

⁴⁶⁶ Article 4 du Règlement (UE) 2016/399 (code frontières Schengen): « Lorsqu'ils appliquent le présent règlement, les États membres agissent dans le plein respect des dispositions pertinentes du droit de l'Union, y compris de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée la «charte»), du droit international applicable, dont la convention relative au statut des réfugiés, conclue à Genève le 28 juillet 1951 (ci-après dénommée la «convention de Genève»), des obligations liées à l'accès à la protection internationale, en particulier le principe de non-refoulement, et des droits fondamentaux. Conformément aux principes généraux du droit de l'Union, les décisions prises au titre du présent règlement le sont à titre individuel ».

⁴⁶⁷ CJUE, arrêt du 17 juin 2010, affaire C-31/09, *Bolbol*, Rec. p. I-5539, point 38; aff. jointes C-411/10 et C-493/10, *N.S et a*, point 75.

⁴⁶⁸ « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives », CDFUE, article 51.1.

⁴⁶⁹ Prenons le cas du dialogue euro-africain sur la migration et le développement (Processus de Rabat). Le renforcement de la coopération opérationnelle en matière de gestion des frontières est un pilier thématique du projet dont l'objectif est de rendre les frontières sûres et sécurisées. Pour y parvenir, l'UE et les États partenaires se sont engagés à développer des partenariats au moyen d'accords de coopération entre les pays d'origine, de transit et de destination, y compris au niveau intra-africain, notamment en matière de retour. La création de patrouilles et l'identification des migrants irréguliers font également partie intégrante de ce projet. Le Cameroun, Gabon, Ghana, Guinée, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Maroc, Mauritanie, Niger, Nigeria, Sénégal, sont des pays partenaires du Processus de Rabat.

dans l'accomplissement de ses missions de surveillance des frontières y compris en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux et le principe de non-refoulement⁴⁷⁰.

Les missions qui ont trait aux frontières communes avec la Mauritanie ou le Maroc sont problématiques. Le projet Seahorse (2006-2011) coordonné par l'Espagne, ou les opérations conjointes d'HERA coordonnées par l'Agence, ont été effectuées avec l'aide des autorités marocaines, mauritaniennes pour contrôler l'immigration⁴⁷¹. Mais comment s'assurer par exemple du bon traitement d'un ressortissant mauritanien si les policiers mauritaniens font partie des forces d'interception? Selon le Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel concernant la Mauritanie, le système de castes qui promeut l'esclavage par la servitude domestique, les atteintes graves à la liberté d'expression ou l'incrimination de l'homosexualité, forcent de nom-

⁴⁷⁰ « 1. Dans les domaines qui relèvent de ses activités, et dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions, l'Agence facilite et encourage la coopération technique et opérationnelle entre les États membres et les pays tiers, dans le cadre de la politique de l'Union en matière de relations extérieures, y compris en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux et le principe de non-refoulement. L'Agence et les États membres respectent le droit de l'Union, notamment les normes et les critères qui font partie de l'acquis de l'Union, y compris lorsque la coopération avec des pays tiers a lieu sur le territoire de ces pays. La mise en place d'une coopération avec les pays tiers permet de promouvoir des normes européennes en matière de gestion des frontières et de retour », Règlement 2016/1624, art. 54.1.

⁴⁷¹ « La participation de Frontex au sein du projet Seahorse (frontières maritimes Atlantique) est difficile à évaluer, dans la mesure où peu de documents mentionnent son implication et cela sans plus de détails. Frontex elle-même ne mentionne pas ce projet sur son site Internet. Le projet a été lancé en 2006 et a pris fin en 2011 afin de contrôler aux frontières maritimes l'immigration irrégulière en provenance d'Afrique de l'Ouest en direction des îles Canaries et de l'UE. Le projet était coordonné par l'Espagne et a impliqué jusqu'à huit pays au plus fort de la coopération: l'Espagne, le Portugal, la Mauritanie, le Sénégal et le Cap Vert dans un premier temps puis le Maroc, la Gambie et la Guinée-Bissau ont rejoint l'initiative dans un deuxième temps (sans que l'on sache à quelle période). Il a consisté en des opérations maritimes conjointes avec les pays participants (le Maroc, le Sénégal et la Mauritanie de 2006 à 2009 ; aucune information concernant les années 2010-11) en soutien aux opérations conjointes d'HERA coordonnées par Frontex (...). À partir de 2007, un réseau sécurisé, le réseau Seahorse dans la zone Atlantique (seahorse network) a été mis en place pour échanger des informations via satellite afin de « lutter contre l'immigration irrégulière » aux frontières maritimes des pays impliqués (dont le nombre a augmenté au fil des années). L'échange d'informations s'opérait via des points de contacts locaux dans chacun des pays, transformés en centres de coordination à partir de 2009 (il en existe dix en Espagne et dans les pays africains participant). Cette initiative a été financée par l'Espagne et la Commission européenne via le programme de financement de l'AENEAS (de 2006 à 2009) et le programme de coopération avec les États tiers en matière de migration et d'asile (ancien programme AENEAS - de 2009 à 2011). Chaque phase du projet (2006-2008, 2008-2009, 2009-2011) a été financée à hauteur de 2,5M€ : 2M€ par l'UE via le programme AENEAS puis son successeur et 500,000€ par l'Espagne. », Frontexit, « Frontex et la coopération avec les États non membres de l'UE - Accords de travail et autres formes de coopération », Janvier 2015, p.16 en ligne sur: <https://www.frontexit.org/index.php/en/docs/71-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-tout-controle-democratique-note-longue/file>

breux Mauritaniens à se déplacer⁴⁷². Les inquiétudes de l'Agence des droits fondamentaux de l'UE vis-à-vis des pays tiers⁴⁷³ ou celles de la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁴⁷⁴ doivent être prises en compte pour poser les limites au partenariat avec certains pays tiers.

Quelles solutions proposent les traités en cas de violations manifestes aux principes du droit de l'UE par les institutions ou les États? Fondée sur le principe de l'état de droit et du respect des droits fondamentaux, l'Union et ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le droit de l'UE à l'instar des États membres⁴⁷⁵. Appliquées au domaine de l'action extérieure de l'UE, les limitations portées à la compétence de la CJUE à l'alinéa 2 §1 de l'article 24 TUE et à l'alinéa 1 de l'article 275 TFUE ne vont pas jusqu'à son exclusion puisqu'elle est compétente pour « contrôler des actes de gestion du personnel relatifs à des agents détachés par les États membres ayant pour objet de répondre aux besoins de ladite mission sur le théâtre des opérations, alors même que le juge de l'Union est, en tout état de cause, compétent pour contrôler de tels actes lorsqu'ils concernent des agents détachés par les institutions de l'Union »⁴⁷⁶. Cette interprétation est corroborée par la compétence conférée au juge de l'UE en vertu de l'article 60 du Règlement (UE)

⁴⁷² Assemblée Générale des Nations-Unies, Conseil des droits de l'homme Trente et unième session, point 6 de l'ordre du jour Examen périodique universel Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel - Mauritanie, 23 décembre 2015, A/HRC/31/6, Conclusions et/ou recommandations, p. 26. En ligne sur: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=56c2daec4>

⁴⁷³ FRA, *Les droits fondamentaux : défis et réussites en 2014*, Rapport annuel de 2014, p.23.

⁴⁷⁴ CNCDH, *Avis sur l'action extérieure de l'Union européenne en matière de droits de l'homme*, Assemblée plénière du 26 juin 2014, point 48.

⁴⁷⁵ CJUE, arrêt du 27 février 2007, aff. C-355/04 P, *Segi e.a./Conseil*, EU:C:2007:116, point 51. Dans le même sens, se référer à l'avis 2/13 de la CJUE du 18 décembre 2014, EU:C:2014:2454, points 168 et 169.

⁴⁷⁶ CJUE, arrêt du 19 juillet 2016, aff. C-455/14 précitée, point 55.

2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes⁴⁷⁷. Les dommages causés par les services ou les agents de l'Agence dans l'exercice de leurs fonctions engagent sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle devant la CJUE.

Le respect des exigences qui découlent du principe de non-refoulement ne peuvent non plus échapper à la supervision de la Cour. Cette compétence découle de l'article 263 TFUE⁴⁷⁸, et, s'agissant des litiges en matière de responsabilité non contractuelle, de l'article 268 TFUE⁴⁷⁹, lu en combinaison avec l'article 340, deuxième alinéa, TFUE⁴⁸⁰, en prenant en considération l'article 19, paragraphe 1, TUE⁴⁸¹ et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁸². En

⁴⁷⁷ « 1. La responsabilité contractuelle de l'Agence est régie par la loi applicable au contrat en question; 2. La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer en vertu de toute clause compromissoire stipulée dans un contrat conclu par l'Agence; 3. En matière de responsabilité extracontractuelle, l'Agence répare, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses services ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions; 4. La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour les litiges concernant la réparation des dommages visés au paragraphe 3; 5. La responsabilité personnelle des membres du personnel de l'Agence envers celle-ci est régie par les dispositions du statut et du régime applicable aux autres agents qui leur sont applicable. », Règlement (UE) 2016/1624, art. 60.

⁴⁷⁸ « La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. À cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompetence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission ». TFUE, précité, art. 263.

⁴⁷⁹ « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages visés à l'article 340, deuxième et troisième alinéas », TFUE, précité, Article 268.

⁴⁸⁰ « En matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions », TFUE, art. 340, alinéa 2.

⁴⁸¹ « 1. La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », TUE, art. 19, §1.

⁴⁸² « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice », CDFUE, art. 47.

faisant application de la jurisprudence *Brasserie du pêcheur*⁴⁸³, un droit à réparation peut être reconnu aux personnes déplacées si, pendant une opération menées aux frontières extérieures, l'Agence ou l'État ont refoulé des personnes vers un pays dans lequel il existe un risque qu'elles soient exposées à des mauvais traitements. Le lien de causalité directe qui existe entre le dommage et le comportement arbitraire des institutions ou de leurs agents est ce qui fonde la responsabilité de l'Union. Il en va de même pour l'État.

Le rôle de la CJUE est essentielle dans la mise en oeuvre des politiques de contrôle aux frontières extérieures pour s'assurer que le principe de non-refoulement n'est en rien illusoire. Il revient dans ce cas au législateur de l'Union d'oeuvrer en ce sens pour contrôler efficacement les activités et missions qui relèvent des frontières, de l'asile et de l'immigration. Quant à la Commission elle devrait davantage s'engager sur le terrain de la responsabilisation des États qui manquent à leurs obligations lorsqu'ils contrôlent les frontières extérieures⁴⁸⁴. Il en va de la crédibilité de l'action extérieure de l'Union sur la scène internationale.

⁴⁸³ CJUE, arrêt du 5 mars 1996, aff. jointes C-46/93 et C-48/93 *Brasserie du pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, point 51; Arrêt du 4 juillet 2000, aff. C-352/98 P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil c. Commission*, ECLI:EU:C:2000:361, point 42.

⁴⁸⁴ « Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne », TFUE, art. 258.

§2 Les carences opérationnelles de la dimension extérieure de l'ELSJ en matière de frontières

Associée à la coordination des activités de surveillance et de gestion opérationnelle des frontières extérieures, l'Agence a un rôle essentiel pour assurer un niveau élevé de sécurité. Créer pour pallier les carences des États membres, l'Agence exerce une fonction pertinente mais insuffisamment réfléchie. Son action est alors limitée (A).

Quant au partenariat avec les pays tiers celui-ci est tout aussi problématique puisqu'il anime les États afin d'endiguer les flux migratoires sans prise en compte de la situation politique des États avec lesquels ils coopèrent (B).

A. L'action limitée de l'Agence

La gestion efficace du franchissement des frontières extérieures implique un niveau élevé de sécurité intérieure par un report des contrôles aux frontières extérieures. Pour rassurer les États membres, plusieurs mesures ont été décidées par la Commission et la Haute Représentante au titre du cadre de partenariat en matière de migration⁴⁸⁵ dont l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes⁴⁸⁶. La gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union, la gestion européenne intégrée des frontières et sa contribution à l'application constante et uniforme du droit de l'Union, y compris de l'acquis de l'Union en matière de droits fondamentaux à toutes les frontières extérieures, sont les missions de l'Agence⁴⁸⁷.

Actrice de la dimension extérieure de la politique migratoire de l'UE, cette Agence est fortement décriée par de nombreuses organisations de la société civile à cause du manque de transparence de ces activités menées aux frontières extérieures, aux côtés et sur demande des États membres. En effet il semble difficile d'assurer un niveau élevé de sécurité dans le plein respect des

⁴⁸⁵ Selon l'exécutif de l'UE, les principaux objectifs sont les suivants: « *réduire le nombre de traversées et sauver des vies, en renforçant le soutien actuellement apporté, y compris au moyen d'EUNAVFOR opération Sophia, à la marine et aux garde-côtes libyens, notamment en développant les activités de formation par l'octroi immédiat d'un montant supplémentaire de 1 million d'EUR au programme Seahorse et une aide de 2,2 millions d'EUR au titre du programme régional de développement et de protection en Afrique du Nord, et en créant un centre de coordination des opérations de sauvetage en mer; intensifier la lutte contre les passeurs et les trafiquants, en veillant à ce que le réseau méditerranéen Seahorse soit opérationnel d'ici au printemps 2017 pour renforcer les autorités frontalières des pays nord-africains et permettre une meilleure coopération opérationnelle entre elles (...).* », Commission européenne - Communiqué de presse Gérer la migration le long de la route de la Méditerranée centrale – Contribution de la Commission aux discussions de Malte Bruxelles, 25 janvier 2017.

⁴⁸⁶ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil sur l'entrée en opération du corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, Bruxelles, 25.1.2017 COM(2017) 42 final, p.1.

⁴⁸⁷ L'article 6 du Règlement (UE) 2016/1624 dispose que: « *1. L'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes (ci-après dénommée «Agence») est le nouveau nom de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, créée par le règlement (CE) n° 2007/2004. Ses activités sont fondées sur le présent règlement. 2. Afin d'assurer une gestion européenne intégrée des frontières cohérente, l'Agence facilite et rend plus efficace l'application de mesures de l'Union existantes et futures relatives à la gestion des frontières extérieures, notamment le code frontières Schengen établi par le règlement (UE) 2016/399. 3. L'Agence contribue à l'application constante et uniforme du droit de l'Union, y compris de l'acquis de l'Union en matière de droits fondamentaux, à toutes les frontières extérieures. Sa contribution comprend l'échange de bonnes pratiques* ». Concernant le détail des missions, se référer à l'article 8 du même règlement.

droits fondamentaux si le rôle de l'Agence se limite à des considérations fonctionnelles. Selon l'article 1 du Règlement (UE) n°656/2014⁴⁸⁸, son champ d'application concerne les opérations de surveillance des frontières menées par les États membres dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence. Il en va de même avec le Règlement (UE) n°2016/1624⁴⁸⁹ relatif à la gestion européenne intégrée des frontières extérieures. L'Agence est alors une gestionnaire et une coordinatrice des opérations de contrôle aux frontières menées par les autorités nationales.

Exclusivement basée sur le déploiement humain et matériel, la mise en place d'une protection renforcée des frontières extérieures par l'Agence inquiète. La sécurisation des frontières terrestres endigue les personnes forcées de se déplacer sans aucune valorisation des droits humains. Le Président JUNCKER a d'ailleurs considéré que «trop de personnes trouvent encore la mort en Méditerranée» et que l'Union doit être en capacité de «promouvoir des actions qui contribueront à changer le cours des choses, à sauver des vies et à démanteler le modèle économique des passeurs et des trafiquants, ce qui aura également une incidence sur les flux en direction de l'Europe»⁴⁹⁰. Dès lors, pourquoi inscrire l'action de l'Agence dans l'urgence et le court terme⁴⁹¹? Le caractère exclusivement fonctionnelle des fonctions de l'Agence pourrait en être la raison.

⁴⁸⁸ Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JOUE L 189/93, 27.6.2014.

⁴⁸⁹ Règlement (UE) n°2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JOUE L 251/1, 16.9.2016.

⁴⁹⁰ Commission européenne - Communiqué de presse - Gérer la migration le long de la route de la Méditerranée centrale –Contribution de la Commission aux discussions de Malte, Bruxelles, le 25 janvier 2017.

⁴⁹¹ « *Le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes a été institué en un temps record. Le 15 décembre 2015, la Commission européenne a présenté une proposition législative. Le 22 juin 2016, un accord politique a été trouvé, ce qui a permis au Parlement européen et au Conseil d'adopter définitivement le règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes le 14 septembre 2016, neuf mois seulement après qu'il a été proposé. Le règlement relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes est entré en vigueur le 6 octobre 2016 et les réserves destinées aux interventions rapides et aux opérations de retour sont devenues opérationnelles le 7 décembre 2016 et le 7 janvier 2017, respectivement.* », COM(2017) 42 final, note de bas de page n°3, p. 2.

L'article 54.2 du Règlement (UE) n° 2016/1624 autorise l'Agence à conclure avec les États tiers des arrangements de travail en application de l'article 218 TFUE relative à la conclusion d'accords internationaux. Alourdie par l'approbation préalable de la Commission, cette procédure ne permet pas d'assurer l'efficacité des projets conclus avec les autorités des Pays tiers puisque « les détenteurs de la compétence extérieure restent les institutions de l'Union, qui l'exercent en conformité avec la procédure classique de conclusion des accords internationaux »⁴⁹². Concernant les mesures opérationnelles elles sont de nature administrative et non contraignantes. Par conséquent comment s'assurer que « l'Agence respecte le droit de l'Union, y compris les normes et les critères qui font partie de l'acquis de l'Union »⁴⁹³ ? Le mécanisme de traitement des plaintes de l'article 72 du Règlement⁴⁹⁴ s'inscrit dans cette logique mais il ne prévoit pas l'intervention du juge de l'État hôte ou celui de la CJUE. Un exilé peut seulement adresser une plainte « justifiée »⁴⁹⁵ par écrit à l'Agence⁴⁹⁶ s'il considère qu'un membre du personnel participant à une opération de l'Agence a violé ses droits fondamentaux. L'instruction est confiée à l'Officier aux droits fondamentaux conformément au droit à une bonne administration⁴⁹⁷. Cependant ce droit inclue « le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre »⁴⁹⁸. Mais comment faire connaître de manière utile et effective son point de

⁴⁹² Extrait de « *La dimension extérieure de la politique migratoire de l'UE* », thèse soutenue le 27 mai 2013, p. 117.

⁴⁹³ Règlement n°2016/1624, art. 54.2 in fine.

⁴⁹⁴ « *Toute personne directement touchée par les actions du personnel participant à une opération conjointe, à un projet pilote, à une intervention rapide aux frontières, au déploiement d'une équipe d'appui à la gestion des flux migratoires, à une opération de retour ou à une intervention en matière de retour, et qui estime que ces actions ont porté atteinte à ses droits fondamentaux, ou toute partie représentant une telle personne, peut adresser une plainte, par écrit, à l'Agence.* », Règlement (UE) n° 2016/1624, art. 72.2.

⁴⁹⁵ « *Seules les plaintes justifiées concernant des atteintes concrètes aux droits fondamentaux sont recevables* », Règlement n°2016/1624, article 72, alinéa 3.

⁴⁹⁶ Règlement n°2016/1624, art. 72.2.

⁴⁹⁷ Règlement n°2016/1624, art. 72.3 à .6.

⁴⁹⁸ CDFUE, art. 41.2.a) ; CJUE, arrêts *Kamino International Logistics*, EU:C:2014:2041, point 29 ; *Mukarubega*, EU:C:2014:2336, point 43.

vue s'il s'agit d'un refoulement décidée puis exécutée dans un délai bref⁴⁹⁹, ou d'un grief tiré de l'article 3 ConvEDH?

La mise en oeuvre des Règlements (UE) n°2016/1624 et n°656/2014 compromet l'effectivité des droits fondamentaux reconnus aux personnes interceptées en ce sens qu'ils n'imposent pas à l'Agence et aux États d'assurer pleinement et absolument le respect du principe de non-refoulement dans les missions aux frontières extérieures.

⁴⁹⁹ « Le droit d'être entendu garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure administrative et avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts », CJUE, arrêt du 22 novembre 2012, aff.C-277/11, *M. M. contre Minister for Justice, Equality and Law Reform e.a*, EU:C:2012:744, point 87; Arrêts du 9 juin 2005, aff. C-287/02, *Espagne/Commission*, Rec. p. I-5093, point 37.

B. Le caractère in conventionnel de la coopération avec les États tiers

Le partenariat avec les pays tiers a pris un tournant décisif depuis que la crise des réfugiés a bouleversé l'agenda des institutions et l'approche globale des migrations. Selon la Commission, « il s'agit sans conteste d'un problème mondial et l'on compte plus de 60 millions de personnes déplacées à travers le monde. Ces flux sont alimentés par des passeurs sans scrupule qui cherchent à tirer profit du désespoir de personnes en situation de vulnérabilité »⁵⁰⁰. Les enseignements tirés pour arriver à une solution aux déplacements non maîtrisés de populations ont mené à la prise de mesures opérationnelles pour faire progresser l'agenda européen sur la migration⁵⁰¹. La Commission semble s'appuyer sur ces enseignements pour construire un partenariat UE/Pays tiers, fondé sur la prévention efficace des migrations irrégulières et de la réadmission des migrants illégaux⁵⁰². Concernant l'approche extérieure des frontières, il serait question d'un renforcement des capacités locales pour un meilleur endiguement des flux migratoires aux côtés des autorités nigériennes, nigérianes, sénégalaises ou encore maliennes. Le premier rapport d'avancement relatif au cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'agenda européen en matière de migration, semble aller dans ce sens⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil et à la Banque européenne d'investissement, relative à la mise en place d'un nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration, 7.6.2016, COM(2016) 385 final, p.1.

⁵⁰¹ « *Les dialogues à haut niveau sur les migrations et la politique européenne de voisinage révisée ont accordé une priorité nouvelle aux relations avec des pays clés sur la question des migrations. La réunion des dirigeants des Balkans occidentaux d'octobre 2015 a débouché sur la création d'un système de dialogue régulier et structuré, de partage d'informations et de coopération entre les pays de la région, combiné à un soutien direct de l'UE pour répondre à des besoins spécifiques. Une telle coopération au jour le jour pourrait être adaptée et appliquée à d'autres itinéraires de migration qui s'y prêtent, par exemple pour renforcer la mise en œuvre opérationnelle des processus de Rabat et de Khartoum en Afrique. Le sommet de La Valette, avec son plan d'action composé de 16 initiatives prioritaires, a défini les contours d'une responsabilité partagée et souligné le fait que l'UE et les pays africains doivent œuvrer dans un esprit de partenariat. Ce plan d'action doit maintenant se traduire par des résultats. Il convient d'augmenter l'intensité du processus de mise en œuvre* », COM(2016) 385 final, p.3.

⁵⁰² COM(2016) 385 final, p.7.

⁵⁰³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil et à la Banque européenne d'investissement, Premier rapport d'avancement relatif au cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'agenda européen en matière de migration, 18.10.2016, COM(2016) 700 final.

L'intérêt - sécuritaire - de l'Union porte sur certains voisins africains. Il concerne les États qui émettent le plus de migrations vers les frontières extérieures de l'UE. Le Conseil des affaires étrangères avait déjà considéré en 2004 que l'importance de la pression migratoire et la position géographique d'un État, jouaient un rôle essentiel dans les choix de collaboration⁵⁰⁴.

Les pays prioritaires sont des pays d'origine et de transit de migrants en situation irrégulière et qui reçoivent un grand nombre de réfugiés. Ils sont également confrontés à des problèmes de développement et de sécurité. Prenons les pays désignés comme prioritaires par la Commission. Ils sont pour chacun d'eux soit des pays de transit pour un grand nombre de réfugiés, et/ou des États qui forcent leurs ressortissants à fuir les violences d'État, ou les persécutions organisées à l'encontre de groupes sociaux bien déterminés.

Au Niger les arrestations et poursuites arbitraires de nombreux citoyens pour avoir exercé leur droit à la liberté d'expression sont un signe préoccupant d'une ingérence significative des autorités dans la vie privée des citoyens nigériens⁵⁰⁵. Selon Amnesty International, plus de 1400 individus se trouvent en prison pour appartenir à Boko Haram et risquent la torture. Le Bureau de la coordination des affaires humanitaires de l'ONU s'inquiète également du fait que « plus de 300 000 per-

⁵⁰⁴« Migration pressure on particular Member States, as well as the EU as the EU as a whole, and their geographical position relative to the EU (...) [are] the most important criteria for determining on a case by case basis, with which further countries readmission agreements should be concluded », Conseil des Affaires étrangères du 2 novembre 2004, 2614 séance, document de presse n° 13588/1/04 REV 1 ; F. TOSO: " La dimension extérieure de la politique migratoire de l'UE " thèse soutenue le 27 mai 2013, note de bas de page n°615, p. 128.

⁵⁰⁵ « Les autorités nigériennes doivent immédiatement arrêter la série d'arrestations arbitraires de voix dissidentes et promouvoir la liberté d'expression (...) Entre le 30 mars et le 5 avril, deux syndicalistes ont été arrêtés, apparemment pour des motifs d'ordre politique. Le premier, Baba Alpha, journaliste de la chaîne privée Bonferey, a été arrêté le lundi 3 avril dernier et accusé de faux et usage de faux. Son audition est prévue ce 6 avril. Le second, Maikoul Zodi, Président du Mouvement des jeunes républicains, une organisation de défense des droits des jeunes, a été interpellé le 5 avril par des éléments de la Police judiciaire. Il n'a pas encore été inculpé. Ces arrestations arbitraires témoignent d'une nouvelle tentative de museler la liberté d'expression. », Amnesty International, « Niger. Il faut mettre fin à la série d'arrestations arbitraires de voix dissidentes », 6 avril 2017; Nations Unies (ONU), Conseil des droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel - Niger, 12 avril 2016; International Crisis Group (ICG), *Mettre en œuvre l'architecture de paix et de sécurité (III) : l'Afrique de l'Ouest*, 14 avril 2016.

sonnes déplacées avaient besoin d'une assistance humanitaire dans la région de Diffa » à la fin de l'année 2016 ⁵⁰⁶.

Concernant le Nigeria, la traite des êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle qui touche les femmes dont des adolescentes est une préoccupation importante. Dans une étude sur la prostitution nigériane de la CNDA, « certaines de ces femmes sont trompées par les recruteurs qui, pour les convaincre de rejoindre l'Europe, leur promettent des emplois dans des domaines divers mais légaux (garde d'enfants, services, coiffure, mode...) ou une participation à un événement musical, culturel, religieux ou sportif. Dans ces circonstances, elles ne découvrent l'activité à laquelle elles sont destinées qu'à leur arrivée en Europe. D'autres savent à quoi s'en tenir mais ne se rendent compte ni des conditions dans lesquelles elles vont devoir travailler ni de la durée de leur engagement auprès du réseau »⁵⁰⁷.

En ce qui concerne le Sénégal, le harcèlement sexuel des femmes, les mutilations génitales féminines, ou le mariage précoce et forcé, sont également des pratiques récurrentes que rencontrent la

⁵⁰⁶ « Selon le Bureau de la coordination des affaires humanitaires de l'ONU, plus de 300 000 personnes déplacées avaient besoin d'une assistance humanitaire dans la région de Diffa à la fin de l'année. Parmi elles, plus de 184 000 étaient des personnes déplacées à l'intérieur du pays, 29 000 des Nigériens de retour dans leur pays et 88 000 des réfugiés nigériens. Beaucoup vivaient dans des camps de fortune, dans des conditions déplorable. », Rapport annuel d'Amnesty International, *Niger 2016-2017*, en ligne sur <https://www.amnesty.org/fr/countries/africa/niger/report-niger/>; Country Reports on Human Rights Practices for 2015 United States Department of State - Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, « *Niger 2015 Human Rights report* », pp.1-2; « *Le Niger continue de faire face à des défis multiples, à savoir l'insécurité alimentaire, la malnutrition, les épidémies, les inondations et les mouvements de populations liés à des situations de crise ou d'instabilité des pays limitrophes, notamment le Nigeria, le Mali et la Lybie. De part sa proximité relative avec l'Algérie et la Lybie, le Niger est également devenu une route migratoire vers l'Europe pour des dizaines de milliers de personnes aspirant à une vie meilleure. Environ deux millions de personnes auront besoin d'une forme d'assistance humanitaire en 2016* », Nations Unies (ONU), Bureau de coordination des Affaires Humanitaires (OCHA), *Niger: 2016 Plan de réponse humanitaire (janvier -décembre 2016)*, 13 janvier 2016, p.6.

⁵⁰⁷ CNDA, Étude sur « *la prostitution nigériane* », Rédacteur: J.E PEREIRA, mars 2016, pp.2-3; Bureau européen d'appui pour l'asile (EASO), Country of Origin Information Report. Nigeria Sex Trafficking of Women, octobre 2015, p. 12.

communauté féminine dans ce pays⁵⁰⁸. À cet égard le Groupe de travail des Nations-Unies chargé de la question de la discrimination à l'égard des femmes dans la législation et dans la pratique sur sa mission au Sénégal « a manifesté sa profonde préoccupation quant aux violences sexuelles subies par les filles, notamment au sein des écoles, qui sont souvent suivies de grossesses précoces. Le Groupe de travail considère inacceptable que, dans l'école, censée être un environnement éducatif et protecteur, des filles soient abusées sexuellement, et ce, souvent par leur enseignant »⁵⁰⁹.

Au Mali des violences généralisées ont forcé de nombreuses personnes à quitter le pays. Selon HRW, des groupes armés ont commis une vague de meurtres dans le centre du Mali depuis janvier 2017, ayant entraîné la mort d'une cinquantaine de personnes et le déplacement forcé de plus de 10 000 individus⁵¹⁰. Depuis la bataille de Kidal du 16 au 21 mai 2014, le conflit armé s'est générali-

⁵⁰⁸ « Au nombre des autres grands problèmes relatifs aux droits de l'homme figuraient la maltraitance physique, notamment des tortures par les forces de sécurité, les arrestations arbitraires, la détention provisoire contestable, le manque d'indépendance du judiciaire, les restrictions de la liberté de parole, de la presse et de réunion, le viol, les violences conjugales, le harcèlement sexuel des femmes et la discrimination envers les femmes, les mutilations génitales féminines et l'excision, la maltraitance des enfants, le mariage précoce et forcé, l'infanticide, la violence et la discrimination contre les personnes lesbiennes, gay, bisexuelles, transgenres et intersexes (LGBTI), la discrimination envers les personnes vivant avec le VIH-sida, la traite des personnes, et le travail des enfants, y compris le travail forcé. », Country Reports on Human Rights Practices for 2015 United States Department of State • Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, *Rapport 2015 sur les droits de l'homme - Sénégal*,

⁵⁰⁹ Nations Unies (ONU), Conseil des droits de l'homme, Rapport du Groupe de travail chargé de la question de la discrimination à l'égard des femmes dans la législation et dans la pratique sur sa mission au Sénégal, 7 avril 2016, § 75. Dans ce même rapport, §76: « Selon les statistiques recueillies par les Observatoires de lutte contre la maltraitance et les abus sexuels sur les enfants, plus de la moitié des filles victimes de viol suivi de grossesse ont entre 11 et 15 ans. Souvent la fillette victime de viol suivi de grossesse est déscolarisée et complètement désocialisée, recluse dans l'espace domestique. La grossesse met fin à sa vie d'enfant. Selon les informations reçues, l'agresseur est souvent un parent ou un proche du milieu familial ».

⁵¹⁰ HRW, « Mali : Une vague de meurtres perpétrés par des groupes armés - Les autorités devraient enquêter sur les exactions et protéger les civils vulnérables », 5 avril 2017.

sé notamment au nord⁵¹¹. Selon HRW « depuis janvier 2017, au moins 24 personnes ont trouvé la mort dans des violences communautaires. Parmi les victimes figurent des membres des groupes ethniques peul, bambara et bozo. Les assaillants seraient des membres de groupes armés islamistes et des chasseurs traditionnels dozos »⁵¹².

En ce qui concerne l'Éthiopie, plusieurs manifestations ont été organisées pour exprimer une opposition ferme à la politique menée par TESHOME. Depuis la déclaration de l'état d'urgence en octobre 2016, les exécutions extrajudiciaires⁵¹³, le recours excessif à la force⁵¹⁴ ou les enlèvements d'enfants⁵¹⁵, frappent impunément la société éthiopienne. D'ailleurs, Amnesty International rappelle

⁵¹¹ « La précédente note d'actualité sur la situation au Nord du Mali, publiée en juin 2014, se concluait par la prise de Kidal par les combattants rebelles du Mouvement National de Libération de l'Azawad (MNLA), du Haut Conseil pour l'Unité de l'Azawad (HCUA) et du Mouvement Arabe de l'Azawad (MAA). Déclenchée suite à la visite du Premier ministre de l'époque, Moussa Mara, la bataille de Kidal du 16 au 21 mai 2014, a constitué une défaite pour l'armée malienne, qui s'est repliée sur Gao et a permis aux rebelles de prendre les villes de Ménaka, Andéramboukane et Anéfis illustrant la difficulté de l'armée malienne à se réinstaller durablement dans le Nord. Cette bataille a représenté en outre un tournant dans le conflit malien, puisque la défaite de l'armée a convaincu des combattants du Nord loyaux au gouvernement de se constituer en groupes armés pour soutenir, voire suppléer l'armée, déclenchant ainsi une nouvelle vague de combats face aux rebelles. Ces milices loyalistes se sont fédérées au sein de la « Plateforme », dont les principaux groupes sont le GATIA, la CMFPR et le MAA-Plateforme, en identifiant les rebelles de la Coordination des Mouvements de l'Azawad (CMA) état-major commun du MNLA, du HCUA et du MAA, comme leurs ennemis. », CNDA, « Étude : Le conflit au Nord-Mali : état des lieux, principaux acteurs, et processus de paix. », Février 2016, p.3.

⁵¹² HRW, « Mali : Une vague de meurtres perpétrés par des groupes armés - Les autorités devraient enquêter sur les exactions et protéger les civils vulnérables », 5 avril 2017.

⁵¹³ « La police Liyu, une unité de forces spéciales de la région Somali, dans l'est de l'Éthiopie, a procédé à 21 exécutions extrajudiciaires à Jamaa Dhuubed le 5 juin. Quatorze personnes ont été abattues dans la mosquée du village et sept autres personnes dans d'autres endroits du village. Lorsque les proches des victimes sont venus pour faire leur deuil et enterrer les morts, la police Liyu a menacé de les tuer. », Amnesty International, Éthiopie 2016/2017., en ligne sur: <https://www.amnesty.org/fr/countries/africa/ethiopia/report-ethiopia/#endnote-1485983518440>

⁵¹⁴ « Les forces de sécurité ont fait usage d'une force excessive et meurtrière contre des manifestants. Elles avaient tué au moins 800 personnes entre le début des manifestations en novembre 2015 et la fin de l'année 2016. Les forces gouvernementales ont par exemple tué au moins 100 personnes les 6 et 7 août, lorsqu'un appel à manifester a été lancé à Addis-Abeba. Plus de 1 000 manifestants ont été arrêtés et conduits à la base militaire d'Awash Arba, où ils ont été frappés et forcés à faire des exercices physiques intenses par temps chaud. », Amnesty International, Éthiopie 2016/2017; UK Foreign and Commonwealth Office (UKFCO), Human Rights and Democracy Report 2013 - Country case study: Ethiopia – justice and treatment in detention, 10 avril 2014.

⁵¹⁵ « Les autorités n'ont pas fait le nécessaire pour protéger les habitants de la région Gambela des attaques répétées par des membres armés du groupe ethnique des Murles, basé au Soudan du Sud, pays voisin de l'Éthiopie. Des centaines d'enfants ont été enlevés pendant ces attaques. En février et mars, des combattants murles ont enlevé 26 enfants anuaks. Dans la nuit du 15 avril, ils ont attaqué 13 villages nuers dans les districts de Jikawo et de Lare (région Gambela) ; ils ont tué 208 personnes et enlevé 159 enfants. En juin, les forces éthiopiennes avaient porté secours à 91 des enfants enlevés. », Amnesty International, Éthiopie 2016/2017. Nations Unies (ONU), CRC, Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Ethiopia, 3 juin 2015.

que « le gouvernement a rejeté les appels du Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples demandant que des enquêtes indépendantes et impartiales soient menées sur les violations des droits humains commises dans le cadre des manifestations qui se sont déroulées dans plusieurs régions ».

Qu'il s'agisse des décisions relatives au nouveau cadre de partenariat avec les pays tiers dans le cadre de l'Agenda européen en matière de migration⁵¹⁶, ou du premier rapport d'avancement⁵¹⁷, aucune mention n'est faite concernant ces quelques éléments relatifs à l'institutionnalisation progressive de l'impunité dans les Pays partenaires. L'Union a pourtant l'obligation de développer des relations et de construire des partenariats avec ceux qui partagent les principes inhérents à sa création, à son développement et à son élargissement⁵¹⁸. L'impact des actions multilatérales sur la dimension extérieure ne permettra pas de parvenir à un engagement cohérent de l'UE afin de mieux gérer les migrations puisque le contexte géopolitique des Pays partenaires opacifie leur capacité et volonté de participation au partenariat.

La coopération en matière de gestion opérationnelle des frontières induit le plein respect du principe de non-refoulement des personnes déplacées. Face aux crises géopolitiques chez les partenaires, l'UE doit prioriser ses actions en orientant la coopération multilatérale sur le droit international des réfugiés, et des minorités sociales et ethniques victimes de persécutions.

Comment dans ce cas orienter des personnes qui ont besoin d'une protection internationale ou qui souhaitent présenter une demande en ce sens, si les Pays partenaires ne sont pas considérés comme des pays sûrs ? Dès lors, il apparaît difficile d'assurer aux demandeurs de protection et aux per-

⁵¹⁶ COM(2016) 385 final précitée.

⁵¹⁷ COM(2016) 700 final précitée.

⁵¹⁸ Chapitre 1, Titre V TUE.

sonnes réadmisses au Niger, Nigeria, Sénégal, Mali et en Éthiopie, le respect des droits inhérents à leur personne.

Selon KNIGHT, ancien responsable de la Division de l'immigration et de la gestion des frontières au siège de l'OIM, « la gestion humanitaire des frontières vise à s'assurer que les autorités aux frontières soient bien préparées à gérer les crises migratoires de manière à protéger les frontières nationales tout en respectant les droits fondamentaux des migrants »⁵¹⁹. L'action extérieure de l'UE devrait alors centrer son action solidaire sur la stabilisation progressive des régimes des États partenaires, par une politique étrangère efficace et non illusoire dans le domaine des droits fondamentaux.

Les partenariats ne sont pas conformes aux principes fondateurs de l'UE en faisant primer les exigences sécuritaires au détriment des impératifs qui relèvent de l'universalité, et de l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁵¹⁹ Communiqué de presse de l'OIM: « L'OIM termine une évaluation sur la gestion humanitaire des frontières », 09/13/13.

Section 2

L'action extérieure de l'Espagne en matière de frontières

L'État espagnol s'est toujours positionné pour une action concertée dans le domaine des frontières et de l'immigration. Il est devenu un interlocuteur incontournable sur les questions migratoires et la coopération intergouvernementale avec les pays tiers dès la mise en route du dialogue 5+5, regroupant les États de la Méditerranée occidentale. Ce cercle informel de rencontre entre chefs des diplomaties africaines et européennes a été instauré en 1990 à l'issue d'une réunion pour engager un processus de coopération régionale. L'Espagne s'est associée aux côtés du Portugal, de la France, de l'Italie et de Malte pour mener à bien ce projet aux côtés de la Mauritanie, du Maroc, de l'Algérie notamment⁵²⁰. Ces derniers se sont prononcés positivement pour rechercher des pistes de réponses à la crise migratoire en Méditerranée.

Les dialogues et processus se sont multipliés mais n'ont pas permis d'apporter une réponse commune aux défis migratoires. Mais qu'entend-on par « défis migratoires » si ce n'est la lutte contre l'immigration illégale et le renforcement des mesures sécuritaires aux frontières extérieures. C'est une voie que l'Espagne a choisi de suivre en signant avec ses voisins des accords visant à réguler la migration (§1). Ces accords sont imprécis et difficilement conciliable avec les exigences en matière de protection des droits fondamentaux (§2).

⁵²⁰ « Le groupe a un caractère informel et contribue à une plus grande intégration dans le bassin méditerranéen. Il a commencé à l'origine sous la modalité des Affaires étrangères (Rome, 1990 et Alger, 1991) et ensuite, il s'est étendu à différentes modalités : Intérieur (1995), Transports (1995), Migration (2002), Défense (2004), Tourisme (2006), Éducation (2009), Environnement et Énergies renouvelables (2010), Agriculture et Sécurité alimentaire (2013), Eau (2015), Économie (2013) et Innovation, et Enseignement supérieur (2013), Finances (2017) et culture (2017). Les travaux de ces conférences ministérielles sont dirigés par les ministères sectoriels respectifs », MAEC, Autres processus : Dialogue 5+5 et Foromed ; Dialogue 5+5, en ligne sur le site : www.maec.gob.es

§1 Sa formalisation

La loi 25/2014 sur les traités et autres accords internationaux⁵²¹ a été rédigée pour répondre aux nouvelles problématiques de la communauté internationale⁵²². Adaptée à la complexité du droit international, la loi 25/2014 consacre l'autonomie décisionnelle des administrations régaliennes dans leurs domaines respectifs. Les autorités ministérielles disposent de la capacités contractuelle pour coopérer avec leurs homologues étrangers. Cette ouverture du pouvoir réglementaire à l'international a un sens politique fort notamment dans le domaine des frontières. La pratique des accords internationaux administratifs (A), et des accords non normatifs (B) en sont la parfaite illustration.

⁵²¹ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de *Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, BOE núm. 288, Viernes 28 de noviembre de 2014.

⁵²² Ley 25/2014, *Preámbulo*, II.

A. La pratique des accords internationaux administratifs

Les accords migratoires conclus entre l'Espagne et ses voisins africains sont des accords internationaux administratifs régis par le droit international sans constituer des traités au sens constitutionnel⁵²³. Si l'on suit la terminologie de l'article 2. b) de la loi 25/2014, le caractère hybride de ces accords tient exclusivement à la nature purement fonctionnelle qui les caractérise⁵²⁴. Instruments du pouvoir réglementaire, ils donnent à leur signataire une parfaite autonomie décisionnelle, facilitée par un procédure de conclusion plus souple que celle relative aux traités internationaux⁵²⁵. Le développement de ces accords est récent, fondé sur une relation de proximité géographique plutôt qu'historique. Par exemple les Ministres de l'Intérieur espagnol CORCUERA CUESTA et marocain BASRI ont décidé de centrer leur coopération sur la réadmission à des fins d'expulsion des nationaux d'États tiers pour mieux « coordonner les efforts destinés à mettre fin au flux migratoire clandestin d'étrangers entre l'Espagne et le Maroc »⁵²⁶. À cet égard l'article premier de l'accord dispose que « les autorités frontalières de l'État requérant réadmettront sur leur territoire, sur demande officielle des autorités frontalières de l'État requis, les nationaux des pays tiers entrés illégalement sur son territoire en provenance de celui de l'État requérant »⁵²⁷. Cet accord participe directement à la gestion opérationnelle de la frontière terrestre et maritime entre le Maroc et l'Espagne.

⁵²³ En droit interne un accord international administratif n'engage pas l'État espagnol en tant que sujet de droit.

⁵²⁴ Article 2.b) Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, BOE Núm. 288, Viernes 28 de noviembre de 2014 Sec. I. Pág. 96841.

⁵²⁵ Articles 38 à 42 Ley 25/2014 précité.

⁵²⁶ Traduction d'un extrait du préambule de l'Accord précité selon lequel « *En el marco de la cooperación instaurada entre el Reino de España y el Reino de Marruecos y de los lazos históricos que unen a los dos pueblos y para responder a la preocupación común de coordinar los esfuerzos destinados a poner fin al flujo migratorio clandestino de extranjeros entre España y Marruecos* ».

⁵²⁷ Traduction des termes de l'article 1 de l'Accord précité: « *Las autoridades fronterizas del Estado requerido readmitirán en su territorio, a petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requirente, a los nacionales de países terceros que hubieren entrado ilegalmente en el territorio de este último procedente del de Estado requerido* ».

Les migrants interceptés par la Garde civile à Ceuta et Melilla ont obligatoirement transité par le Maroc. Bien que les autorités de l'État requis dispose d'un délai de dix jours - courant à partir de l'entrée illégale de l'étranger - pour demander la réadmission de l'individu à l'État requérant⁵²⁸, rien n'est assuré du point de vue des exigences qui relèvent de l'accès aux droits.

Prenons le cas d'un ressortissant malien intercepté dans les *vallas* par la Garde civile. Après avoir transité par le Maroc, il décide de rejoindre Melilla pour demander la protection de l'Espagne au titre de la Convention de Genève de 1951 sur le statut de réfugié. Sachant que la réadmission de l'étranger sera immédiatement exécutée par les forces espagnoles au titre de la disposition additionnelle sur le régime spécial de Ceuta et Melilla, rien ne permet d'affirmer qu'il pourra demander l'asile au Maroc avant d'être reconduit au Mali. Dès sa prise en charge par la Gendarmerie marocaine, l'administration espagnole sera déchargée de la procédure et devra s'en remettre à la décision de la Gendarmerie marocaine⁵²⁹. L'immédiateté structure effectivement les décisions espagnoles de réadmission des étrangers au Maroc.

La conclusion d'un accord avec la République islamique de Mauritanie est également apparue comme essentielle pour une meilleure sécurité en Méditerranée. L'accord hispano-mauritanien du 1er juillet 2003⁵³⁰ est voué à prévenir efficacement l'immigration illégale vers les îles Canaries, en renforçant les opérations de contrôle aux frontières avec ce pays de transit pour de nombreux candidats à l'exil vers l'Europe. Dans son analyse des risques pour l'année 2009, FRONTEX rap-

⁵²⁸ Article 2 de l'Accord précité.

⁵²⁹ Article 5 de l'Accord précité

⁵³⁰ Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003, BOE núm. 185, de 4 de agosto de 2003, páginas 30050 a 30053 (4 págs.).

pelle que la Mauritanie est un point d'embarcation majeur pour les îles Canaries⁵³¹. Nouvel enjeu pour l'Espagne et l'UE, une coopération s'est amorcée dès 2010 par la création de patrouilles jointes aux forces sénégalaises, pour dissuader les exilés d'user des voies maritimes afin de rejoindre l'Espagne⁵³². Fondé sur une meilleure application des dispositions relatives à la migration des personnes, cet Accord s'accorde à l'esprit de l'Étape Tampere⁵³³, en y intégrant le respect des droits humains. Les Parties contractantes s'engagent à respecter la dignité de la personne, en prohibant le recours abusif à la force, la torture, les traitements cruels, inhumains et dégradants dans l'application de cet Accord, y compris en cas de détention d'un de leurs nationaux⁵³⁴. Par contre aucune mention n'est faite concernant le respect absolu du principe de non-refoulement dans le cadre d'une opération conjointe en application de l'article 21. e) de l'accord⁵³⁵. Cette précision relève de la légalité ; ce qui permettrait d'orienter les autorités lorsqu'elles surveillent les frontières

⁵³¹ « *The Western African route is primarily through Western African countries to Spain via the Canary Islands. The main embarkation points are in Senegal and Mauritania and the main countries of origin are Mali, Mauritania, Guinea Conakry and Senegal. Other African nationals have also been reported, and occasionally migrants from Asia. This route is now less favoured since the Spanish collaboration agreements with Senegal and Mauritania. The Frontex coordinated Joint Operation Hera plays a major role in maintaining effective surveillance in the area.* », FRONTEX, ARA 2010, pp. 18-19.

⁵³² « *The cooperation and bilateral agreements between Spain and key western African countries (Mauritania, Senegal, Mali) continue to develop steadily and are one of the main reasons for the decrease in arrivals in this area, along with the presence of patrolling assets near the African coast. In 2010, just 196 illegal border-crossings were reported from the Canary Island, compared to 2 244 in 2009. In particular, in 2010, Mauritania strengthened its land border controls, introducing measures at the borders to limit the number of irregular migrants from the sub-Saharan region arriving in Mauritania with the intention to enter the EU illegally.* », FRONTEX, ARA 2011, p. 20.

⁵³³ « *Le Conseil européen estime essentiel que, dans ces domaines, l'Union acquière également une capacité d'action et soit considérée comme un partenaire important sur la scène internationale. Cela nécessite une étroite coopération avec les pays partenaires et les organisations internationales, notamment le Conseil de l'Europe, l'OSCE, l'OCDE et les Nations Unies.* », Conseil européen de Tampere, 15-16 octobre 1999, Conclusions de la Présidence, SN 200/99, point 8.

⁵³⁴ Traduction de l'article 23 de l'Accord: « *1. Les Parties contractantes ne recourront pas à la force abusive, à la torture ni aux traitements cruels, inhumains ou dégradants dans l'application du présent Accord. 2. Chaque partie s'engage à: i) informer immédiatement l'Ambassade de l'autre partie de la détention d'un national de ce pays pour avoir enfreint les normes et/ou règlements sur l'immigration; ii) ne pas soumettre la personne détenue à la torture ni aux traitements cruels, inhumains ou dégradants ; iii) permettre l'accès illimité des fonctionnaires de l'Ambassade de l'autre partie contractante pour s'entretenir avec les citoyens nationaux de la Partie contractante se trouvant sous sa surveillance et leur assurer le droit de s'entretenir avec eux en privé* ».

⁵³⁵ Traduction de l'article 21. e) de l'Accord: « *Le Royaume d'Espagne s'engage, dans les limites de ses possibilités et ressources, à collaborer avec la République islamique de Mauritanie concernant: [...] e) la coopération pour le renforcement des contrôles aux frontières(...)* ».

ou contrôlent les personnes depuis le territoire des pays tiers, d'autant plus si la coopération opérationnelle engage les forces policières et armées espagnoles⁵³⁶ près des côtes d'un État menacé⁵³⁷:



⁵³⁶ « L'Espagne a amélioré indirectement la coopération entre la police, la Gendarmerie, la Force aérienne et la Marine mauritaniennes en demandant qu'ils travaillent conjointement pour le Centre de Coordination Régionale des Canaries. Par l'intermédiaire de la Garde civile, l'Espagne a fourni des capacités permanentes avec des unités de patrouilles navales et aériennes basées à Nouadhibou », J. MORA TEBAS (l'auteur est Analyste stratégique à l'IEEE), 'Control de fronteras en el espacio saheliano-sahariano: el caso de Mauritania', Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento Marco 15/2015, 9 de julio de 2015, traduction , p.27.

⁵³⁷ Carte tirée du document cadre précité de J. MORA TEBAS, p.13.

La crise des cayucos⁵³⁸ a encouragé les autorités espagnoles sur la voie de l’intergouvernementalité avec d’autres pays tiers avec la Gambie⁵³⁹, la Guinée⁵⁴⁰, le Cap Vert⁵⁴¹, le Mali⁵⁴² et le Niger⁵⁴³. Les accords ont été conclus à l’identique entre 2006-2008, et comportent un même article concernant la coopération en vue d’un renforcement des contrôles aux frontières puis des capacités pour mieux lutter contre l’immigration illégale. Cependant les enjeux migratoires ne peuvent pas s’appréhender uniformément si les problématiques territoriales et politiques diffèrent d’un État à un autre. Sans autre information sur ces accords, il est difficile d’avoir un idée concrète du déroulement des débarquements et des éloignements des personnes interceptées par les autorités espagnoles et du pays partenaire.

⁵³⁸ La crise des ‘cayucos’ a débuté dès 2005 près des côtes marocaines pour toucher la corne ouest de l’Afrique en 2006. Pour aller plus loin: M. ACOSTA SANCHEZ (Professeur de droit international et européen, Université de Cadiz), A. DEL VALLE GALVEZ (Professeur de droit international, Université de Cadiz) ‘*La crisis de los cayucos. La Agencia europea de fronteras Frontex y el control marítimo de la inmigración clandestina*’, 4. Ideas finales, Tiempo de Paz, n°83, Invierno 2006, p.24.

⁵³⁹ Aplicación provisional del Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia, hecho «ad referendum» en Banjul el 9 de octubre de 2006, BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 2006, páginas 45914 a 45918 (5 págs.).

⁵⁴⁰ Aplicación provisional del Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho «ad referendum» en Conakry el 9 de octubre de 2006, BOE núm. 26, de 30 de enero de 2007, páginas 4155 a 4159 (5 págs.).

⁵⁴¹ Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho “ad referendum” en Madrid el 20 de marzo de 2007, BOE de 14 de febrero de 2008.

⁵⁴² Aplicación provisional del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007, BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008, páginas 25633 a 25636 (4 págs.).

⁵⁴³ provisional del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Níger, hecho en Niamey el 10 de mayo de 2008, BOE núm. 160, de 3 de julio de 2008, páginas 29198 a 29203 (6 págs.).

B. La pratique des accords internationaux non normatifs

La loi 25/2014 offre aux organes et administrations de l'État la possibilité de conclure avec tous les autres sujets de droit public des accords internationaux non normatifs qui « ne constituent pas une source d'obligations internationales »⁵⁴⁴. Cela peut surprendre puisqu'il semble difficile de croire au caractère international d'un accord dépourvu d'effet juridique.

L'existence de ces accord précède la publication de cette loi puisqu'un premier Mémorandum avait été conclu le 23 décembre 2003⁵⁴⁵ par le Ministère du Travail espagnol et des affaires sociales et son homologue marocain concernant le retour assisté des mineurs isolés⁵⁴⁶. Il n'empêche que ces accords sont difficilement accessibles puisque leur publication au BOE n'est pas une obligation⁵⁴⁷. Pourtant elles permettent au pouvoir réglementaire d'organiser le déploiement opérationnel des membres de la Garde civile à l'étranger. Qu'il s'agisse de l'accord conclu avec le Ghana en décembre 2005⁵⁴⁸, le Sénégal en 2006⁵⁴⁹ ou le Mali en 2007⁵⁵⁰, tous ont trait aux frontières et à l'im-

⁵⁴⁴ Loi 25/2014, précitée, art. 43.

⁵⁴⁵ Memorandum de entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre repatriación asistida de menores no acompañados, de 23 de diciembre de 2003.

⁵⁴⁶ Selon A. SALINAS DE FRÍAS, le Gouvernement espagnol a signé cet accord pour refouler en dehors du cadre légal, les mineurs non accompagnés d'origine marocain qui se trouvent ou qui essaient d'accéder au territoire espagnol de façon illégale, y compris ceux qui se trouvent irrégulièrement en Espagne, ou ceux qui tentent de franchir la frontière hispano-marocaine, sans la supervision judiciaire ou l'intervention des services sociaux. (A. SALINAS DE FRÍAS, *La protección internacional de los menores migrantes*, <http://www.observatoriodeconflictos.uma.es>, p.9). Qui plus est, cet Accord fait suite aux observations adressées au Gouvernement espagnol par le Comité des droits de l'enfant du 13 juin 2002 (Comite de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Observación no 45e: España, CRC/C/15/ADD.195, 13 de junio de 2002); Voir aussi Amnistía Internacional, "España: Crisis de identidad, Tortura y Malos Tratos de índole racista a manos de agentes del Estado", 2002; AI: EUR 41/001/2002/s; Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Observación General no 6, par. 90.

⁵⁴⁷ « *La Constitution garantit le principe de la légalité, la hiérarchie et la publicité des normes, la non rétroactivité des dispositions impliquant des sanctions qui ne favorisent pas ou qui restreignent des droits individuels, la sécurité juridique, la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part* », Constitution espagnole, art. 9.3.

⁵⁴⁸ Memorandum de entendimiento para luchar contra la inmigración ilegal entre España y Ghana de 7 de diciembre de 2005.

⁵⁴⁹ Memorandum de entendimiento para luchar contra la inmigración ilegal entre España y Senegal de 24 de agosto de 2006.

⁵⁵⁰ Memorandum de entendimiento para luchar contra la inmigración ilegal entre España y Mali de 3 de enero de 2007.

migration. Leur publication officielle est une exigence constitutionnelle qui doit être respectée. Le Gouvernement législateur est dans ce cas en infraction avec l'article 9.3 de la Constitution en autorisant le pouvoir réglementaire à disposer d'un monopole sans précédent dans des domaines qui nécessitent a minima une publication et le contrôle du Parlement⁵⁵¹.

Les mémorandums mettent en oeuvre les politiques relatives aux frontières pour encourager les opérations policières afin d'endiguer les flux migratoires. Selon l'Agence la baisse significative des départs depuis la côte ouest de la Méditerranée est due à la conclusion d'un mémorandum avec les autorités du Sénégal et de la Mauritanie ⁵⁵². Les Directeurs Généraux de la Garde civile et de la Gendarmerie mauritanienne se sont effectivement entendus pour autoriser les forces espagnoles à intervenir dans les eaux et sur le sol mauritanien « pour contrôler le flux d'embarcations suspectes et les activités illicites ou d'immigration irrégulière qui se dirigent vers les îles

⁵⁵¹ « *Les Cortès générales exercent le pouvoir législatif de l'État, votent le budget, contrôlent l'action du Gouvernement et assument les autres compétences que leur attribue la Constitution.* », Constitution espagnole, précitée, art. 66.2 ; M.A ASÍN CABRERA (Professeur de droit international privé, Université de la Laguna), « *Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano - especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular* », Revista de derecho constitucional europeo, n°10, 2008, p. 173. De la même auteur: « *La inmigración irregular en la investigación jurídica* », *La inmigración irregular. Aproximación multidisciplinar*. Tenerife, Área de Desarrollo Económico del Cabildo de Tenerife. Observatorio de la Inmigración de Tenerife, 2005, pp. 211- 229.

⁵⁵² « *On the Western African route that connects Senegal, Mauritania and Morocco with the Canary Islands in Spain the numbers remain negligible despite an increasing trend for departures from Morocco. is low number is attributed to the Memorandum of Understanding between Spain, Senegal and Mauritania, that includes joint surveillance activities and effective return of those detected crossing the border illegally. The low number of departures resulted in relatively few casualties. Still, at least 12 people died in March 2015 in two separate incidents involving boats that departed from Morocco.*», FRONTEX, ARA 2016, p.21; « *The number of detections on the Western African route, which connects Senegal, Mauritania and Morocco with the Canary Islands in Spain, continued at a low level, even though since 2015 the total has been higher than the average in the period between 2010 and 2014 (less than 300), In 2016, as in 2015, most departures were reported from Morocco. is low number is attributed to the Memorandum of Understanding between Spain, Senegal and Mauritania, which includes joint surveillance activities and effective return of those detected crossing the border illegally. e low number of departures resulted in relatively few casualties.*», FRONTEX, ARA 2017, p.20.

Canaries »⁵⁵³. Leur effet dissuasif est une réalité puisqu'ils empêchent les exilés de quitter leur propre pays ; ce qui viole l'article 4 du Protocole n°4 de la ConvEDH⁵⁵⁴.

⁵⁵³ « Cet accord reprend les sujets relatifs à l'immigration irrégulière, comme la création du Projet « Cap Blanc », par lequel des patrouilles conjointes de surveillance maritime entre les deux corps policiers, s'implanteront dans les eaux territoriales et la zone contiguë mauritanienne, afin de contrôler le flux d'embarcations suspectives et les activités illicites ou d'immigration irrégulière qui se dirigent vers les îles Canaries. La principale nouveauté (...) est que, pour la première fois, en plus des patrouilles conjointes de surveillance maritime, nous pourrons compter, à partir de maintenant, sur des patrouilles mixtes terrestres, chargées de la surveillance des frontières pour contrôler l'immigration irrégulière. La Garde civile disposera de deux embarcations de 30 mètres, d'un navire océanique et d'un hélicoptère aux fins d'interventions mixtes à Nouadhibou et à Nouakchott. », traduction d'un extrait de l'article « *El Director General de la Guardia Civil y el Director General de la Gendarmería de Mauritania firman un Memorando de cooperación en materia de inmigración irregular* », du 28 mars 2014, en ligne sur <http://www.guardiacivil.es/ga/prensa/noticias/4848.html>

⁵⁵⁴ « 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. 3. L'exercice de [ce droit] ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. », article 2 du Protocole n°4 à la ConvEDH, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n°11, Strasbourg, 16.IX. 1963; Article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171; Article 13 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, Résolution de l'assemblée générale de l'ONU, A/RES/217 A (III), 10 décembre 1948.

§2 Son imprécision

L'activité conventionnelle des Ministères de l'Intérieur et des Affaires étrangères espagnols s'est construite sur la volonté d'affirmer que la priorité est la lutte contre l'immigration illégale sans prendre en compte les droits fondamentaux et le principe de non-refoulement. L'imprécision formelle des accords (A) n'est pas sans conséquence sur leur substance (B).

A. Sur la forme

Les accords et mémorandums tirés de la loi 25/2014 illustrent l'attachement du Gouvernement législateur à favoriser l'aspect fonctionnel des frontières. Qu'il s'agisse de l'accord hispano-marocain sur la réadmission des ressortissants d'États tiers ou du Mémorandum conclu avec la Direction générale de la Gendarmerie mauritanienne, la frontière relève de l'opérationnel puisqu'ils ne font pas mention:

- des mesures concrètes à adopter pour lutter contre les filières qui ont un usage purement criminel des migrations;
- des principes gouvernant la protection des réfugiés et des personnes vulnérables;
- de la grille d'analyse des risques ou menaces concernant une gestion policière des frontières extérieures;
- du régime de responsabilité des agents en cas d'intervention sur le territoire de l'autre partie;
- de la nécessaire intervention des Ministère publics espagnol et de l'État partenaire.

L'imprécision des accords internationaux administratifs et des Mémorandums bouscule la manière de concevoir le traité en droit international public. D'après la Convention de Vienne de 1969⁵⁵⁵ le traité est « un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle

⁵⁵⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités (avec annexe). Conclue à Vienne le 23 mai 1969, Vol. 1155,1-18232, Nations-Unies, Recueil des Traités.

que soit sa dénomination particulière »⁵⁵⁶. Les mémorandums seraient dans ce cas des traités même s'ils n'ont pas d'effet contraignant⁵⁵⁷.

Les traités à caractère politique ou les conventions qui affectent les droits et les devoirs fondamentaux établis au titre I de la Constitution nécessitent l'autorisation préalable du législateur pour qu'il y ait consentement de l'État⁵⁵⁸. Les Assemblées devraient alors être invitées à se prononcer sur ces accords puisqu'ils touchent aux droits fondamentaux et font naître des obligations opposables à l'État en tant que sujet de droit international. La procédure applicable en l'espèce devrait se structurer autour de l'article 94 CE et non de la loi 25/2014. Par conséquent les accords internationaux administratifs et non normatifs vicient l'action extérieure espagnole et n'assurent pas la prééminence du droit dans les activités de contrôle et de surveillance des frontières extérieures.

Le Défenseur du Peuple pourrait remédier à l'altération manifeste des droits résultant des activités des Ministères de l'Intérieur et des Affaires étrangères. « En tant que haut mandataire des Cortès générales désigné par celles-ci pour défendre les droits figurant [au titre I CE] »⁵⁵⁹, le Défen-

⁵⁵⁶ Convention de Vienne, précitée, art. 2.1. a).

⁵⁵⁷ « *La dénomination, ou plus généralement la forme de l'accord, n'importe donc pas. Ont ainsi été considérés comme des traités entre États (mais on peut sans aucun doute transposer ces enseignements aux traités entre États et organisations internationales) : un échange de lettres (C.I.J., Affaire du Différend territorial (Libye/Tchad), Recueil 1994, not., § 31), un simple procès-verbal de réunion (C.I.J., Affaire de la Délimitation maritime et des questions territoriales entre le Qatar et Bahreïn, Recueil 1994, § 23.), un communiqué conjoint (C.I.J., Affaire du Plateau continental de la Mer Egée, Recueil 1978, §§ 95-98) ou encore ... une déclaration commune (C.I.J., Affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, Recueil 2002, § 263). Le caractère informel de la « déclaration UE-Turquie » ne constitue donc aucunement un obstacle à sa qualification de traité. Le droit international et le droit européen se rejoignent sur ce point.* », O.CORTEN (Professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles, Directeur du Centre de droit international) et M. DONY (Professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles, Chaire Jean Monnet de droit de l'Union européenne), « *Accord politique ou juridique : Quelle est la nature du "machin" conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?* », 10 juin 2016.

⁵⁵⁸ « *1. L'État ne pourra manifester son consentement à s'engager par des traités ou par des conventions sans l'autorisation préalable des Cortès générales dans les cas suivants: a) traités à caractère politique; b) traités ou conventions à caractère militaire; c) traités ou conventions qui affectent l'intégrité territoriale de l'État ou les droits et les devoirs fondamentaux établis au titre I; d) traités ou conventions qui impliquent des obligations financières pour les Finances publiques; e) traités ou conventions qui entraînent la modification ou l'abrogation d'une loi ou exigent l'adoption de mesures législatives pour leur exécution. 2. Le Congrès et le Sénat seront immédiatement informés de la conclusion des autres traités ou conventions.* », Constitution espagnole, précitée, art. 94.

⁵⁵⁹ « *Une loi organique réglemeta l'institution du Défenseur du Peuple, en tant que haut mandataire des Cortès générales désigné par celles-ci pour défendre les droits figurant au présent titre; à cette fin, il pourra contrôler les activités de l'Administration, faisant rapport aux Cortès générales* », Constitution espagnole, précitée, art. 54.

seur du peuple pourrait impulser une nouvelle dynamique des droits fondamentaux par un recours en inconstitutionnalité⁵⁶⁰ de la loi sur le traités et favoriserait l'entrée du juge constitutionnel dans le domaine des frontières. Son office est majeur pour honorer l'État de droit en Espagne⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ « 1. Sont en droit: a) d'introduire un recours en inconstitutionnalité, le Président du Gouvernement, le Défenseur du Peuple, cinquante députés, cinquante sénateurs, les organes collégiaux exécutifs des Communautés autonomes et, le cas échéant, les assemblées de ces Communautés; b) d'introduire le recours individuel de amparo, toute personne naturelle ou juridique invoquant un intérêt légitime, ainsi que le Défenseur du Peuple et le ministère public », Constitution espagnole, précitée, art. 162.

⁵⁶¹ Article 1 CE.

B. Sur le fond

Il revient aux institutions de l'État d'assurer la pleine efficacité des droits fondamentaux lorsqu'ils mettent à exécution leurs compétences qu'ils tirent de la Constitution. L'inscription des droits et libertés fondamentaux dans la Constitution astreint les Ministères à ne pas en altérer l'exercice. Malgré l'absence de mention du plein respect du principe de non-refoulement dans les accords internationaux et mémorandums, le pouvoir réglementaire n'est pas dispensé d'en garantir l'applicabilité. Selon CREPEAU⁵⁶², « il est vital que l'Union européenne et tous les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme [adhère] aussi au principe du non-refoulement, en permettant aux migrants sans papiers de débarquer immédiatement au port le plus proche où leur vie et leurs libertés ne seraient pas menacées, en leur fournissant des informations, des soins et un soutien, en traitant équitablement leurs demandes d'asile et en encourageant les navires privés à conduire des opérations de sauvetage sans risque que les migrants soient considérés comme les complices des passeurs »⁵⁶³. Le principe de non-refoulement ne doit faire l'objet d'aucune restriction parce qu'il protège les personnes obligées et forcées de quitter leur propre pays et écarte toute possibilité de débarquement sur les frontières des Pays tiers où leur vie ou leur liberté pourrait être menacée.

Le pouvoir réglementaire a l'obligation de prévoir des mécanismes pour s'assurer que tous les exilés interceptés placés sous sa juridiction soient assurés d'être débarqués en Espagne. Cet impératif est une condition à la légalité de son action extérieure et les circonstances tenant à l'organi-

⁵⁶² F. CREPEAU est professeur, titulaire de la *Chaire Hans et Tamar Oppenheimer en droit international public*, et directeur scientifique du *Centre pour les droits de la personne et le pluralisme juridique*, à la Faculté de droit de l'Université McGill. Il a été élu Rapporteur spécial des Nations Unies pour les droits de l'homme des migrants en 2011. Sa biographie est en ligne sur: <http://www.ohchr.org/FR/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/FrancoisCrepeau.aspx>

⁵⁶³ Déclaration de F. CREPEAU, « *le non-refoulement en tant que principe de droit international et le rôle du pouvoir judiciaire dans sa mise en oeuvre* », Ouverture de l'Année judiciaire – Séminaire – le 27 janvier 2017, p.3.

sation des opérations ne peuvent en aucun cas justifier le débarquement des exilés sur le territoire du pays oppresseur.

Le respect de la Convention de Genève 1951, implique des parties contractantes, dont l'Espagne, la prise de mesures concrètes pour borner l'action de la Garde civile et autres agents présents sur le terrain. Les autorités espagnoles doivent associer le HCR et ses partenaires⁵⁶⁴ dans la mise en oeuvre des accords de coopération avec les Pays tiers s'ils souhaitent remédier à la crise des réfugiés par une action collective et plus transparente. Son intervention remédierait à l'horizontalité de l'action extérieure espagnole. À cet égard « le Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés agissant sous l'autorité de l'Assemblée générale, assume les fonctions de protection internationale (...), en ce qui concerne les réfugiés qui entrent dans le cadre du présent statut, et de recherche des solutions permanentes au problème des réfugiés, en aidant les gouvernements (...) »⁵⁶⁵. Le HCR devrait faire partie intégrante du processus de négociation des accords pour garantir le respect des obligations qui découlent du droit international des réfugiés à l'échelle des frontières.

Le HCR exerce son mandat de protection des réfugiés, « en poursuivant, par voie d'accords particuliers avec les gouvernements, la mise en œuvre de toutes mesures destinées à améliorer le sort des réfugiés et à diminuer le nombre de ceux qui ont besoin de protection »⁵⁶⁶. Dès lors, pour-

⁵⁶⁴ « Chaque année, des milliers d'hommes, de femmes et d'enfants tentent désespérément leur chance pour atteindre l'Europe depuis l'Afrique, à bord de bateaux de pêche ou de frêles embarcations. Ils effectuent la traversée depuis l'Afrique de l'Ouest vers les îles Canaries, un territoire espagnol ; depuis le Maroc vers le sud de l'Espagne ; depuis la Libye vers Malte ou la Sicile et Lampedusa, des îles italiennes ; et depuis la Turquie vers les îles grecques. Un nombre encore plus important entre en Europe par voie terrestre, via la Turquie et les Balkans, ou depuis l'Ukraine et la Biélorussie. Les personnes entrant illégalement en Europe - sans passeport ni visa - le font pour des raisons variées. Parfois elles fuient la persécution, les violations des droits de l'homme et le conflit armé. Elles peuvent alors être reconnues comme réfugiées ayant besoin d'une protection spécifique. Plus souvent, il s'agit de migrants qui tentent d'échapper à la pauvreté et au chômage. Pour aider les gouvernements à répondre, de manière pratique et cohérente, à certains des défis posés par les mouvements mixtes composés de réfugiés et de migrants, l'agence des Nations Unies pour les réfugiés a commencé à mettre en œuvre un plan en 10 points qui détermine les secteurs principaux dans lesquels une action est requise dans les pays d'origine, de transit ou de destination. », UNHCR, en ligne sur: <http://www.unhcr.org/fr/migration-mixte-vers-leurope.html>

⁵⁶⁵Résolution n° 428 (V) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1950 sur le statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, avec une Note introductive du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Chapitre I, Dispositions d'ordre général, p.6.

⁵⁶⁶ Résolution n° 428 (V) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1950, Po

qu'oi les Nations-Unies n'enjoignent pas les États à consulter le HCR sur le sort des réfugiés lorsqu'ils mettent en oeuvre les politiques relatives aux contrôles et à la gestion intégrée des frontières extérieures?

La coordination inter-étatique des actions relatives à la protection des frontières sera efficace uniquement si elle assure la sécurité des frontières dans le respect des droits fondamentaux. Comme le signale TOSO, « la projection vers l'extérieur du principe de partage des responsabilités est très rament assortie avec celle du principe des droits de l'homme ». Un choix de cohérence doit être envisagé par les autorités gouvernementales espagnoles.

Chapitre 2

L'effacement progressif de la territorialité du droit par la stratégie de délocalisation des frontières.

L'action extérieure de l'Union relative aux frontières vise la protection de l'ELSJ et du principe de non-refoulement. Cependant, le caractère fonctionnel de la sécurité a engendré une perte de visibilité de la territorialité du droit international des réfugiés par la délocalisation de la surveillance. En l'absence d'un cadre juridique établi, les fondements de cette délocalisation interrogent (Section 1). Produit de l'insistance des institutions européennes la coopération intergouvernementale s'est ouverte aux contrôles délocalisés sans réflexion autour des conséquences qu'elle pourrait avoir sur le principe de non-refoulement (Section 2).

Section 1

Les fondements de la délocalisation des contrôles aux frontières

La délocalisation des contrôles aux frontières a pour principal objectif d'être au plus près du territoire des Pays tiers. Cependant elle a modifié les frontières pour axer les activités opérationnelles contre la migration irrégulière (I). Ce n'est pas la protection des frontières qui intéressent l'Espagne mais bien la régulation de l'immigration. L'objectif est alors différent sans compter l'influence négative sur les droits fondamentaux des personnes déplacées (II).

I. Une stratégie régionale de lutte contre la migration irrégulière

La délocalisation est une stratégie de dissuasion qui visent les candidats forcés de quitter leur pays. Cette réponse du pouvoir politique (A) interroge la réalité de son impact sur le phénomène des migrations (B).

A. Une réponse politique

La politique relative aux contrôles aux frontières vise à assurer le contrôle des personnes et la surveillance efficace du franchissement des frontières extérieures, ainsi que la mise en place d'un système intégré de gestion des frontières extérieures⁵⁶⁷. La coopération intergouvernementale qui s'est amorcée depuis l'étape Stockholm⁵⁶⁸ dans ce domaine relève du régalien d'où le monopole de l'informel et du dialogue⁵⁶⁹. C'est à l'occasion du Sommet de la Valette sur les migrations du 12 novembre 2015, que l'Union a mis un point d'honneur aux avantages d'une gestion du phénomène

⁵⁶⁷ TFUE, art. 77.1 b) et c).

⁵⁶⁸ Conseil européen de Bruxelles, 10-11 décembre 2009, conclusions de la Présidence, doc. n. EUCO 6/09 - Le programme de Stockholm - Une Europe ouverte et sûre, qui sert et protège les citoyens, JO C 115, 4.5.2010, pp. 1-38. Pour une présentation de l'étape Stockholm (2010-2014), Cf. thèse doctorale de F. TOSO, « *La dimension extérieure de la politique migratoire de l'UE* », soutenue le 27 mai 2013, pp. 42-49.

⁵⁶⁹ Plan d'action de Rabat, adopté lors de la Conférence ministérielle euro-africaine sur la migration et le développement de Rabat (10 et 11 juillet 2006) ; Déclaration conjointe UE-Afrique sur la migration et le développement adoptée lors de la Conférence ministérielle sur la migration et le développement de Tripoli (22 et 23 novembre 2006) ; Deuxième Conférence ministérielle euro-africaine sur la migration et le développement, tenue à Paris le 25 novembre 2008 ; Stratégie conjointe UE-Afrique et premier plan d'action 2008-2010, adoptés tous deux lors du deuxième sommet des chefs d'État et de gouvernement Afrique-UE de Lisbonne (décembre 2007), qui a vu aussi le lancement du partenariat Afrique-UE sur la migration, la mobilité et l'emploi (MME) ; Deuxième plan d'action 2011-2013, adopté lors du troisième sommet Afrique-UE de Tripoli (29-30 novembre 2010) ; Troisième Conférence ministérielle euro-africaine sur la migration et le développement de Dakar (23 novembre 2011).

migratoire directement dans les États émetteurs d'immigration⁵⁷⁰. Si la fragilité et l'insécurité qui caractérisent certains États sont une raison à la délocalisation des contrôles⁵⁷¹, les moyens décidés durant ce sommet sont en deçà de leurs propres ambitions. Dans le domaine qui nous intéresse les instances ont penché pour:

- un appui aux capacités nationales de contrôle des frontières terrestres, maritimes et aériennes⁵⁷²;
- un appui aux capacités de surveillance maritime;
- l'élaboration et la mise en œuvre de stratégies et de plans d'action en matière de gestion intégrée des frontières;
- un renforcement des capacités de gestion des frontières pour assurer le respect des droits fondamentaux des migrants;
- la création de plateformes d'échanges informels et de mécanismes de formation à l'intention des garde-frontières et de la police⁵⁷³.

Bien que les instances de l'UE/UA « [ont] pleinement [mesuré] les avantages que présente une bonne gestion de la migration et de la mobilité entre nos continents et au sein de ceux-ci »⁵⁷⁴, le ren-

⁵⁷⁰ Le sommet de La Vallette sur la migration a réuni les chefs d'État ou de gouvernement européens et africains en vue de renforcer la coopération et de relever les défis que représente la migration mais aussi d'exploiter les possibilités qu'elle offre. Ce fut l'occasion de reconnaître que la gestion des migrations relève de la responsabilité commune des pays d'origine, de transit et de destination. L'UE et l'Afrique ont travaillé dans un esprit de partenariat afin de trouver des solutions communes aux défis d'intérêt commun. Les dirigeants participant au sommet ont adopté une déclaration politique et un plan d'action visant à: s'attaquer aux causes profondes de la migration irrégulière et des déplacements forcés de population intensifier la coopération concernant les migrations et la mobilité légales renforcer la protection des migrants et des demandeurs d'asile prévenir la migration irrégulière, le trafic de migrants et la traite des êtres humains et lutter contre ces phénomènes coopérer plus étroitement pour améliorer la coopération en matière de retour, de réadmission et de réintégration. En ligne sur: <http://www.consilium.europa.eu/fr/meetings/international-summit/2015/11/11-12/>

⁵⁷¹ « Nous sommes déterminés à nous attaquer aux causes profondes de la migration irrégulière et des déplacements forcés résultant de la fragilité et de l'insécurité de certains États, ainsi que des évolutions démographiques, économiques et environnementales. », Déclaration politique du Sommet UE/UA de la Valette, 12 novembre 2015, p.2.

⁵⁷² Nombre de pays de l'Afrique de l'Ouest ont également bénéficié des fonds fiduciaires européens : 60 millions en tout pour des projets de développement au Sénégal visant à empêcher les départs, 30 millions alloués au Niger, 27 millions au Tchad, 21 millions au Nigéria et 20 millions au Cameroun.

⁵⁷³ Plan d'action du Sommet UE/UA de la Valette, p.16.

⁵⁷⁴ Déclaration politique du Sommet UE/UA de la Valette précitée, p.2.

forcement des capacités opérationnelles et infrastructurelles sont des mesures à court terme mais qui engage l'Union et ses États membres sur un nouveau cadre de partenariat. Cette initiative donnerait plus d'efficacité au principe de non-refoulement et au droit des réfugiés.

B. Un enjeu financier

La coopération en matière migratoire avec les Pays tiers traite des causes profondes de la migration irrégulière et du déplacement forcée des personnes. Sur ce point, la Commission européenne a souhaité apporter une réponse « rapide, commune, complémentaire et souple »⁵⁷⁵ à ces difficultés, en lançant en 2015 un fonds fiduciaire d'urgence pour les États du Maghreb, de la région du Sahel et du bassin du lac Tchad⁵⁷⁶.

Bénéfique pour l'UE en termes de gestion et de contrôle⁵⁷⁷, le fonds fiduciaire d'urgence a été lancé lors du Sommet de La Valette sur la migration par les partenaires européens et africains. Il est un

⁵⁷⁵ « Un fonds fiduciaire est un mécanisme innovant, prévu dans le règlement financier de l'UE, qui est utilisé dans le domaine de la coopération au développement pour mettre en commun des ressources importantes provenant de différents bailleurs de fonds dans le but d'apporter une réponse rapide, commune, complémentaire et souple aux différentes dimensions d'une situation d'urgence. », Commission européenne - Fiche d'information, Un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne pour l'Afrique, *Qu'est-ce qu'un fonds fiduciaire?*, Valletta, le 12 novembre 2015, p.1.

⁵⁷⁶ Concernant les Pays tiers qui nous intéressent, le Burkina Faso, Cameroun, Gambie, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal et le Maroc, sont les Pays ciblés par le fonds fiduciaire: « *Le fonds fiduciaire profitera à toute une série de pays d'Afrique situés sur les principales routes migratoires africaines à destination de l'Europe. Ces pays comptent parmi les plus fragiles et les plus touchés par les migrations et tireront le plus grand bénéfice de l'aide financière de l'UE. Les pays et régions concernés sont: - la région du Sahel et le bassin du lac Tchad: Burkina Faso, Cameroun, Gambie, Mali, Mauritanie, Niger, Nigeria, Tchad et Sénégal; - la Corne de l'Afrique: Djibouti, Érythrée, Éthiopie, Kenya, Ouganda, Somalie, Soudan, Soudan du Sud et Tanzanie; - l'Afrique du Nord: Algérie, Égypte, Libye, Maroc et Tunisie; - les pays voisins des pays éligibles peuvent également bénéficier, au cas par cas, de projets financés par le fonds fiduciaire qui présentent une dimension régionale afin de gérer les flux migratoires régionaux et les défis transfrontaliers qui y sont liés.* », Commission européenne - Fiche d'information, Un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne pour l'Afrique, Valletta, le 12 novembre 2015, p.1. Sur la liste des 187 pays figurant dans le rapport 2014 sur l'indice de développement humain des Nations unies (sur la base d'estimations établies en 2013), le Niger figure à la 187ème place (en recul d'une place par rapport à l'année précédente), le Tchad à la 184ème (en recul d'une place), le Burkina Faso à la 181ème (même place), le Mali à la 176 (même place) et la Mauritanie à la 161ème (en recul de deux places).

⁵⁷⁷ Les fonds fiduciaires de l'Union pour les actions extérieures répondent à une logique qui lui est d'abord profitable. Il suffit de se reporter à l'alinéa 3 de l'article 187 du Règlement (UE, EURATOM) N° 966/2012 pour le constater: « 3. Les fonds fiduciaires de l'Union satisfont aux conditions suivantes: a) l'intervention de l'Union apporte une valeur ajoutée, ce qui signifie que les fonds fiduciaires ne peuvent être créés et mis en œuvre au niveau de l'Union que si leurs objectifs, en particulier pour des raisons d'échelle ou d'effets potentiels, peuvent être mieux atteints au niveau de l'Union qu'au niveau national; b) les fonds fiduciaires de l'Union apportent à cette dernière une visibilité politique et des bénéfices évidents en termes de gestion ainsi qu'un meilleur contrôle, par l'Union, des risques et les décaissements des contributions de l'Union et des autres donateurs. Ils ne devraient pas être créés s'ils font purement et simplement double-emploi avec d'autres sources de financement existantes ou des instruments semblables sans qu'il y ait additionnalité. ». Concernant les références du Règlement: Règlement (UE, EURATOM) N° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil, JOUE L 298/1, 26.10.2012.

instrument de la politique étrangère de l'Union en matière migratoire⁵⁷⁸. Innovant sur la forme, il représente une contribution qui s'élève à hauteur de 1,8 milliard d'euros⁵⁷⁹, en complément de l'aide au développement pour l'Afrique, représentant plus de 20 milliards d'euros chaque année⁵⁸⁰.

Le fonds fiduciaire intéresse également la gestion des frontières⁵⁸¹ au moyen de programmes d'appui aux forces de sécurité en charge des contrôles aux frontières⁵⁸². Ces mesures n'ont pas permis de s'attaquer aux raisons qui obligent les personnes à quitter leur pays d'origine. Au contraire elles ont mis une barrière supplémentaire sur le parcours des exilés en repoussant les migrants qui se dirigent vers les frontières de l'ELSJ. Comment donc assurer la protection des plus vulnérables? Sur ce point, l'exemple du Niger est particulièrement significatif. Depuis la conclusion du partenariat dans le cadre du fonds fiduciaire d'urgence pour l'Afrique, la Commission constate une chute de 98

⁵⁷⁸ B ROUPPERT (Chargée de recherche au GRIP. Ses travaux portent depuis trois ans sur la mise en œuvre de la Stratégie de l'UE au Sahel.), « *Le concept européen d'approche globale à l'épreuve de la crise sahélienne* », Note d'Analyse du GRIP, 14 août 2014.

⁵⁷⁹ « *La Commission européenne a lancé un «fonds fiduciaire d'urgence en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique» qui renferme 1,8 milliard d'EUR issu du budget de l'UE et du Fonds européen de développement (FED). Cette enveloppe sera complétée par des contributions des États membres de l'UE et d'autres donateurs. Les contributions des États membres s'élèvent jusqu'ici à 81.3 millions d'EUR environ et l'UE en attend davantage.* », Commission européenne - Fiche d'information, Un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne pour l'Afrique, Valletta, le 12 novembre 2015, p.1.

⁵⁸⁰ « *Le fonds fiduciaire viendra compléter l'aide au développement déjà apportée par l'UE et ses États membres à l'Afrique, qui représente plus de 20 milliards d'EUR chaque année et vise à soutenir une croissance économique inclusive et durable. De manière générale, l'aide de l'UE répondra aux aspirations des populations de la région en luttant contre les raisons qui les poussent à migrer volontairement pour des motifs économiques et contre les causes profondes des migrations et déplacements forcés.* », Commission européenne - Fiche d'information, Un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne pour l'Afrique, D'où proviennent les ressources du fonds fiduciaire et comment viennent-elles compléter les autres financements de l'UE?, Valletta, le 12 novembre 2015, p.2.

⁵⁸¹ « *Le programme européen en matière de migration vise à prévenir de nouvelles pertes de vies humaines en mer et à renforcer la coopération globale avec les principaux pays d'origine et de transit. Il vise également à s'attaquer aux causes profondes de la migration irrégulière et des déplacements forcés dans les pays d'origine et de transit, notamment en renforçant l'état de droit, en créant des possibilités d'éducation et des perspectives économiques, en améliorant la gouvernance et en garantissant, de manière effective et durable, le retour, la réadmission et la réintégration des migrants en situation irrégulière qui ne peuvent prétendre à une protection. La réalisation de ces objectifs exige un engagement ferme à soutenir le renforcement des capacités des pays tiers dans le domaine de la migration et de la gestion des frontières, ainsi que la stabilisation et le développement de ces régions d'Afrique.* », Commission européenne - Fiche d'information, Un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne pour l'Afrique, De quelle manière l'aide peut-elle contribuer à la lutte contre la migration irrégulière?, Valletta, le 12 novembre 2015, p.1.

⁵⁸² N. KROTOV-SAND (diplômée d'un master en Études européennes. Sa spécialisation porte sur les politiques de sécurité et de développement de l'UE, et sur les relations UE-ACP), « *Le Fonds fiduciaire d'urgence et son volet Sahel : l'immigration comme nouvel enjeu de sécurité et développement* », GRIP, 7 avril 2017, p.4.

% des flux de migrants suite au renforcement et au durcissement des mesures prises aux frontières du territoire nigérien⁵⁸³. En perméabilisant les frontières les autorités nationales et européennes poussent les exilés à opter pour de nouveaux couloirs migratoires, souvent « plus dangereux encore que ne l'étaient les routes traditionnelles »⁵⁸⁴. C'est une inquiétude que partage le Parlement européen, « lorsque la limitation des flux migratoires comporte la coopération avec des pays qui commettent des violations systématiques et/ou graves des droits fondamentaux »⁵⁸⁵.

Les financements de la coopération avec les pays tiers ne sont pas dédiés à la protection des droits de l'homme mais à la gestion des flux migratoires.

⁵⁸³ « Le nombre de personnes quittant le Niger pour tenter la dangereuse traversée du Sahara est tombé de plus de 70 000 en mai à environ 1500 en novembre. En outre, le nombre de migrants orientés vers l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) en vue d'un rapatriement est passé de 350 par mois en moyenne avant l'été à 1 100 en novembre; 4 430 d'entre eux ont déjà bénéficié d'une aide au retour volontaire dans leur pays. La tendance s'est également poursuivie en ce qui concerne la saisie de matériel et l'arrestation de passeurs. Entre la mi-juillet et la fin octobre, 95 véhicules ont été saisis, 102 passeurs ont été déférés devant les tribunaux et 9 gendarmes ont été arrêtés pour corruption liée à la migration. », Communication de la Commission, au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « Deuxième rapport d'avancement: premiers résultats en ce qui concerne le cadre de partenariat avec les pays tiers au titre de l'agenda européen en matière de migration », COM(2016) 960 final, Bruxelles, le 14.12.2016, p.3.

⁵⁸⁴ N. KROTOV-SAND (diplômée d'un master en Études européennes. Sa spécialisation porte sur les politiques de sécurité et de développement de l'UE, et sur les relations UE-ACP), « *Le Fonds fiduciaire d'urgence et son volet Sahel : l'immigration comme nouvel enjeu de sécurité et développement* », GRIP, 7 avril 2017, p.8.

⁵⁸⁵ Rapport Document de séance sur le fonds d'affectation spéciale de l'Union pour l'Afrique: implications pour le développement et l'aide humanitaire (2015/2341(INI)) Commission du développement Rapporteur: Ignazio Corrao, A8-0221/2016, 28.6.2016, §33.

II. Une stratégie régionale difficilement conciliable avec le principe de non-refoulement

Le caractère dissuasif de la stratégie n'est pas sans conséquence sur le principe de non-refoulement (A) et la protection des réfugiés (B).

A. L'ignorance du principe de non-refoulement

Le système de délocalisation des contrôles aux frontières se fonde sur l'irrégularité présumée des départs et ne permet pas d'assurer le respect des obligations liées à l'accès à la protection internationale. La prééminence du droit doit être défendue pour lutter efficacement contre le refoulement des réfugiés. D'ailleurs, le BEAA n'y est pas opposé.

Dans son outil pratique permettant d'identifier les personnes ayant des besoins particuliers⁵⁸⁶, le BEAA met à disposition des agents de premier contact, un support matériel ingénieux fondé sur des indicateurs physiques⁵⁸⁷, et des besoins particuliers qu'une personne peut présenter⁵⁸⁸. Lorsque l'agent considère - sur la base de cet outil- qu'il existe des motifs sérieux de croire qu'un débarquement dans le pays partenaire serait une menace pour la personne, le signalement à son autorité de tutelle en vue d'une évaluation et/ou d'un soutien complémentaires devrait être rendue obligatoire. Comme le rappelle le BEAA, « l'objectif principal de cet outil est de faciliter l'identification

⁵⁸⁶ La traduction anglaise de l'outil est la suivante: *EASO tool for identification of persons with special needs*, en ligne sur: <https://ipsn.easo.europa.eu>

⁵⁸⁷ Il s'agit de l'âge, du sexe, de l'identité de genre et orientation sexuelle, de la situation de famille, des indicateurs physiques, psychosociaux et sur l'environnement.

⁵⁸⁸ L'agent de premier contact peut cibler l'individu intercepté en constatant s'il s'agit de: mineurs accompagnés, non accompagnés, personnes handicapées, personnes âgées, femmes enceintes, parents isolés avec enfants mineurs, victimes de la traite des êtres humains, personnes atteintes de maladies graves, personnes souffrant de troubles mentaux, personnes victimes de torture, personnes victimes de viols, personnes victimes d'autres formes graves de violence psychologique, physique ou sexuelle, LGBTI, personnes ayant des besoins particuliers liés au genre.

ponctuelle des personnes ayant des besoins spécifiques en matière de procédure et/ou d'accueil. Il peut être utilisé à n'importe quel stade de la procédure d'asile et à n'importe quel stade du processus d'accueil »⁵⁸⁹. Son intérêt devrait être valorisé parce qu'il propose une ligne de conduite à tenir par les agents de premier contact, tout en assurant a minima la prééminence du non-refoulement, dans les opérations délocalisées de contrôle et de surveillance sur le territoire des Pays tiers.

⁵⁸⁹ « L'objectif principal de cet outil est de faciliter l'identification ponctuelle des personnes ayant des besoins spécifiques en matière de procédure et/ou d'accueil. Il peut être utilisé à n'importe quel stade de la procédure d'asile et à n'importe quel stade du processus d'accueil. Cet outil est une plate-forme interactive qui vous permet de recenser les besoins particuliers en détectant certains indicateurs que vous pouvez observer ou rencontrer dans différents documents ayant valeur probante (informations dans la demande de protection internationale, preuves médicales, déclarations pendant l'entretien personnel, etc.). Outre les indicateurs de recensement des besoins particuliers, l'outil propose des orientations générales sur les garanties procédurales spéciales et le soutien à l'accueil pouvant être fournis au demandeur dans le contexte de l'UE+. », European Asylum Support Office, *À propos de cet outil, Pourquoi cet outil a-t-il été mis au point?*, en ligne sur: <https://ipsn.easo.europa.eu>

B. La protection résiduelle des réfugiés

À l'instar de la politique américaine de *containment* de la doctrine Truman en 1947⁵⁹⁰, la démarche de la Commission européenne et de l'Espagne repose sur une logique d'appui politique et policier des Pays tiers qui souhaitent coopérer pour stopper la migration irrégulière vers les frontières de l'ELSJ.

La méthode de délocalisation des contrôles employée par l'UE vis à vis de ses partenaires du Sahel, a eu pour conséquence l'endiguement des flux migratoires par une assistance opérationnelle des États tiers sur leurs frontières. L'aide au développement participe aussi à l'endiguement progressif des migrants par des politiques de rétention humanitaire des exilés sur le territoire des pays tiers partenaires. À cet égard, la coopération internationale pour le développement du Gouvernement espagnol est éclairante⁵⁹¹. Attachée à la défense et à la protection des droits humains et des libertés fondamentales⁵⁹², la coopération espagnole pour le développement est une compétence exclusive du Gouvernement⁵⁹³, dont l'exécution revient à une agence placée sous la tutelle du Ministère des Affaires étrangères et de la Coopération⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ La politique de *containment*, ou d'endiguement, repose sur une offre d'assistance militaire et financière de la part des États-Unis, s'adressant aux pays décidés à s'opposer aux pressions communistes. L'endiguement visait à stopper l'extension de la zone d'influence soviétique au-delà de ses limites atteintes en 1947 et à soutenir tous les États non communistes (i.e. « peuples libres »). L'endiguement est une part importante de la « Doctrine Truman » (mars 1947), qui vise à intervenir activement dans le soutien à des régimes politiques étrangers en vue de combattre le communisme (<http://www.eclaircement.com/Affaiblissement-et-relevement>).

⁵⁹¹ Sur le cadre de la coopération espagnole pour le développement: Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, BOE núm. 162, de 8 de julio de 1998, páginas 22755 a 22765 (11 págs.).

⁵⁹² Loi 23/1998 précitée, art. 2.b).

⁵⁹³ Loi 23/1998 précitée, art. 16.

⁵⁹⁴ Sur l'Agence espagnole de coopération internationale pour le développement (AECID) Real Decreto 1403/2007, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2007, Orden PRE/1914/2009, de 13 de julio, por la que se aprueba el Contrato de gestión de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, BOE núm. 171, de 16 de julio de 2009.

Particulièrement active dans le Sahel et au Maghreb depuis le lancement de la politique de planification pour l'Afrique⁵⁹⁵, la stratégie espagnole de coopération a été repensée pour se focaliser sur les dynamiques causées par les flux migratoires intra et inter-étatiques notamment au Mali, au Niger et en Mauritanie⁵⁹⁶. La détérioration de la sécurité et l'augmentation accrue des tensions internes ont effectivement eu pour conséquence le déplacement d'un grand nombre de personnes⁵⁹⁷.

Dans le rapport d'activités de l'Agence pour l'année 2015, 4.016.145 millions d'euros ont été destinés au Sahel pour la sécurité alimentaire, la nutrition, la santé et la protection. Elle est venue en appui de la Croix Rouge, du HCNUR et de l'UNICEF pour aider les personnes réfugiées et déplacées. Une assistance a été déployée pour les personnes déplacées souhaitant aussi retourner dans leur pays d'origine⁵⁹⁸.

Troisième objectif de l'Agence pour la programmation 2016-2017⁵⁹⁹, la protection des populations touchées par les conflits armés a été budgétisée à hauteur de 950 000 euros. Pour répondre à l'urgence, la prise en charge des personnes réfugiées et déplacées, l'identification puis l'évaluation des personnes vulnérables dans tel camps et sur tel territoire sont essentielles pour faciliter la protection des exilés dans l'attente d'une relocalisation dans un lieu sûr pour demander l'asile. C'est

⁵⁹⁵ Les Plans Afrique I (2006-2008) et II (2009-2012) ont été respectivement approuvés pour assurer une coopération active avec plusieurs États du continent africain, dans le domaine des droits de l'homme, de la solidarité et de la paix. Pour de plus amples informations: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Africa/Paginas/Inicio.aspx>

⁵⁹⁶ Ministère des Affaires étrangères et de la Coopération espagnol (MAEC), AECID, *Estrategia contexto 2016-2017*, El Sahel.

⁵⁹⁷ « Dans la région du Sahel, la situation de sécurité s'est détériorée ces dernières années. Les tensions et conflits ont causé la destruction d'infrastructures, des pertes humaines et le déplacement d'un grand nombre de personnes », MAEC, AECID, *Estrategia contexto 2016-2017*, El Sahel, précitée, (extrait traduit) p.2.

⁵⁹⁸ « Le domaine de la protection a eu une grande importance, à travers l'appui du CRIR, du Mouvement de la Croix Rouge et Media Luna Roja, du HCNUR, et de l'UNICEF. Le soutien aux personnes touchées par les conflits, réfugiées, déplacées et les communautés autochtones, en Mauritanie, au Mali et au Niger (avec une attention particulière à la région de Diffa), s'est maintenu. Aussi, l'appui aux programmes de protection de l'enfance, de prévention de la violence fondée sur le genre et d'accompagnement et assistance aux déplacés qui souhaitent volontairement retourner dans leur pays d'origine, s'est également maintenu. », MAEC, AECID, *Memoria de actuación 2015 Sahel*, (extrait traduit), p.4.

⁵⁹⁹ MAEC, AECID, *Estrategia contexto 2016-2017*, El Sahel, précitée, p.1.

un impératif que doit assumer le Gouvernement espagnol via son réseau diplomatique⁶⁰⁰, et celui des autres États membres et de l'UE⁶⁰¹. Vu les circonstances et l'urgence qui touchent les États du Sahel et nos premiers voisins, il ne peut en être autrement. Selon les chiffres de l'Agence espagnole pour la coopération - qui ne sont qu'une reprise de ceux tirés du portail opérationnel des Nations-Unies - 138 000 Maliens sont partis se réfugier au Burkina Faso, au Niger et en Mauritanie au 30 juin 2016⁶⁰², dont 60 000 se trouvant en Mauritanie dans le camps de M'Bera au sud du pays⁶⁰³.

Depuis janvier 2014, 138 000 personnes sont arrivées notamment du Nigeria, suite au conflit qui frappe au Nord Ouest de l'État⁶⁰⁴. Concernant le Niger, le bilan humain est tout aussi alarmant, puisque le pays compte 186 000 réfugiés⁶⁰⁵ nigériens. Sur les 2 millions de personnes déplacées depuis le Nigeria, 58 % d'entre elles seraient mineures, et 28 % auraient moins de 5 ans⁶⁰⁶.

La réponse de l'Agence espagnole est inquiétante par son imprécision. Son rapport de 2016-2017 est dépourvu de données chiffrées et d'une analyse solide fondée sur les prospections des années précédentes. Comment donc valoriser l'impact de l'aide espagnole sur les réfugiés au Sahel ? Concernant les 950 000 euros de fonds débloqués pour la protection, quels ont-été leur incidence dans les faits ?

La prise en charge des réfugiés est un défi que l'Espagne doit relever aux côtés de ses partenaires européens et africains. Y compris l'engagement des responsabilités de ceux qui sont à l'ori-

⁶⁰⁰ Sur le réseau diplomatique espagnol en Afrique: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/Paginas/EmbajadasConsulados.aspx#>

⁶⁰¹ Sur les délégations européennes en Afrique: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_fr

⁶⁰² <http://data.unhcr.org/SahelSituation/country.php?id=501>

⁶⁰³ MAEC, AECID, *Estrategia contexto 2016-2017*, El Sahel, précitée, p.3.

⁶⁰⁴ Le nombre de personnes déplacées qui sont arrivées au Niger (à Diffa en particulier) depuis janvier 2014 est estimé à plus de 138 000 personnes.

⁶⁰⁵ MAEC, AECID, *Estrategia contexto 2016-2017*, El Sahel, précitée, p.3.

⁶⁰⁶ MAEC, AECID, *Estrategia contexto 2016-2017*, El Sahel, précitée, p.3. L'Agence fait référence au site de HCNUR suivant: <http://data.unhcr.org/SahelSituation/country.php?id=502>

gine du départ forcé de millions d'exilés. Ce sont deux conditions au décroissement du déplacement forcé des personnes.

Section unique

Le danger de la délocalisation des contrôles aux frontières

Première conséquence de l'action extérieure de l'Union et du Gouvernement espagnol, la délocalisation des contrôles correspond à un transfert opérationnel des contrôles policiers nationaux vers l'État tiers. Cela signifie que le pouvoir réglementaire exerce la fonction exécutive sur d'autres frontières et territoires en application des accords opérationnels conclus avec l'État hôte. La délocalisation des contrôles aux frontières relève dans ce cas de la responsabilité de l'Espagne bien qu'en l'état du droit positif, aucune loi ou règlement n'aillent dans le sens d'une qualification juridique circonspecte. Elle a des effets juridiques sur le territoire de l'État tiers sans constituer un interdit. Sa mise en oeuvre est gouvernée par deux obligations auxquelles l'État ne saurait se soustraire : protéger et garantir que les personnes menacées et persécutées ne soient pas exposées à des mauvais traitements. C'est pour cette raisons que les gardes frontières doivent agir dans le respect du droit.

Les contrôles délocalisés retiennent les exilés dans la poursuite de leur parcours migratoire. La Garde civile est ainsi autorisée à reconduire les personnes interceptées conformément aux obligations internationales auxquelles l'Espagne a souscrit. Cependant la Garde civile n'est pas une autorité compétente pour décider de la remise des exilés puisque cette compétence relève en Espagne du Bureau de l'Asile et du Refuge ou du juge. La délocalisation complexifie la garantie d'une protection concrète et non illusoire des personnes réfugiées et déplacées au sens de la doctrine interna-

tionale puisqu'elle implique « l'existence d'un moyen effectif de défense ou de garantie »⁶⁰⁷. Le caractère fonctionnel de la délocalisation est effectivement une entrave à la protection.

L'établissement et la vérification des faits sont essentiels pour apprécier s'il y a des motifs sérieux de croire que la personne exilée sera soumise à des mauvais traitements en raison de sa race, sa religion, sa nationalité, son appartenance à un certain groupe social ou ses opinions politiques. Les motifs doivent également s'ouvrir aux atteintes graves à l'intégrité physique et morale en raison d'agressions généralisées ou de l'occupation de groupes et milices armés pour protéger les exilés venus du Mali, de la Mauritanie, du Niger⁶⁰⁸, victimes d'agressions, d'occupations et de domination de milices armés, ou d'événements troublant gravement l'ordre public. La révision de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés est donc une priorité pour garantir le plein respect du principe de non-refoulement à l'échelle des opérations délocalisées, et se conformer aux nouveaux enjeux de la communauté internationale.

⁶⁰⁷ V. TÜRK (Responsable de la Division de la politique de protection et de l'aide juridique, du Département de la protection internationale du HCR, à Genève), et F. NICHOLSON (consultante, dans le domaine de la recherche et de la rédaction, sur les questions de protection des réfugiés et de droits de l'Homme), sous la direction de E. FELLER (Directrice du Département de la protection internationale du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, à Genève), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, UNHCR, p.456.

⁶⁰⁸ Cf. Titre 2, Chap.1, Sec.1, §2, point B.

Conclusion de la Partie 1

La politique d'endigement des flux migratoires éclaire la volonté du Gouvernement espagnol d'altérer l'applicabilité du principe de non-refoulement par le déploiement progressif de gardes civils dans la corne ouest de l'Afrique. Ils peuvent remettre ou débarquer les exilés sans s'assurer qu'ils ne seront pas exposés à des mauvais traitements dès leur prise en charge par les autorités du pays tiers. Cette politique a incité l'Espagne à délocaliser ses frontières au plus près de celles de ses voisins sur la base d'impératifs stratégiques contre la migration illégale. Ces impératifs tendent à faire primer l'opérationnel sur les exigences juridiques de protection des personnes réfugiées et menacées. Le droit ne s'appliquant plus, la territorialité des droits disparaît, créant un vide juridique et ouvrant sur l'extraterritorialité.

PARTIE 2

EXTRATERRITORIALITÉ ET FRONTIÈRES : UNE MENACE AUX DROITS FONDAMENTAUX

L'extraterritorialité se définit comme une « situation dans laquelle les compétences d'un État (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit État »⁶⁰⁹, tant que, ce faisant, il ne se heurte pas aux principes de souveraineté, de non-intervention et de coopération⁶¹⁰.

Cependant, une difficulté se pose lorsque, sous couvert d'une intervention consentie d'un État sur le territoire d'un autre, le premier entend étendre au-delà de ses frontières son pouvoir de contrainte, sans pour autant s'engager à reconnaître aux personnes relevant de sa juridiction les droits et libertés énoncés dans sa Constitution ou dans sa loi. Or, selon la jurisprudence Lotus de la CPJI, « le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté »⁶¹¹, ce qui signifie que les actes accomplis par ce même État et produisant des effets en dehors de son territoire, doivent s'analyser en l'exercice de sa juridiction⁶¹².

Dès l'instant où l'État opère hors de son territoire et exerce son autorité sur des personnes, ces dernières sont en mesure de se prévaloir de la juridiction du dit État. Compte tenu de cette circonstance, pèse sur la Garde civile une obligation de reconnaître à tous ceux qui sont placés sous son autorité les droits et libertés fondamentaux dérivés du principe de non-refoulement dont celui de pas être soumis à la torture, ni à des peines ou à des traitements inhumains et dégradants. Ainsi, l'extra-

⁶⁰⁹ J. SALMON, « Dictionnaire de droit international public », Bruylant / Agence universitaire de la Francophonie, Bruxelles, 2001, p. 491.

⁶¹⁰ « Le principe de souveraineté implique une exclusivité de la compétence de l'État sur son territoire pour les actes de contrainte. (...) Le principe de non-intervention limite l'exercice extraterritorial des compétences étatiques. Il coïncide parfaitement avec le précédent en ce qu'il interdit les actes de contrainte exercés par un État sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier. (...) Le principe de coopération oblige les États à résoudre leurs conflits en matière de compétence extraterritoriale de manière pacifique et de bonne foi. Cette obligation de comportement a conduit à la conclusion de nombreux traités précisant quelles compétences normatives sont autorisées ou prescrites par le droit international en tel ou tel domaine. », H. ASCENSIO (Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université de Paris 1), « Etude : l'extraterritorialité comme instrument », 10 décembre 2010, pp. 2-3, en ligne sur: https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1_2PESP_2_Etude_lextraterritorialite_comme_instrumentx_cle84485e.pdf

⁶¹¹ « Tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deçà de ces limites le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans la souveraineté. », CPJI, affaire du Lotus, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n°10, p. 19.

⁶¹² CourEDH, *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, § 91; *Banković et autres c. Belgique et autres*, 12 décembre 2001, n° 52207/99, précité, § 67; *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie*, 8 juillet 2004, n°48787/99, § 314.

territorialité n'est pas en soi une barrière à l'applicabilité du droit international des réfugiés et du droit international des droits de l'homme, sauf si l'État en décide autrement. Concernant la stratégie espagnole, l'extraterritorialité constitue une entrave délibérée à l'applicabilité des droits, puisqu'elle se borne exclusivement à servir la politique d'endiguement opérationnel des flux de migrants en Méditerranée, en autorisant le débarquement sur le territoire du Pays tiers, de tous ceux qui étaient en train de le quitter (Titre 1). Partant, le Gouvernement suit une démarche commune à d'autres États, celle consistant à instrumentaliser la sécurité des frontières pour lutter non pas contre l'immigration irrégulière, mais plutôt contre les départs de migrants sans faire de différence tenant au profil, puis au parcours des exilés (Titre 2).

Titre 1

L'extraterritorialité comme stratégie des politiques relatives aux contrôles aux frontières

En confiant à la Garde civile le soin de débarquer ou de retenir tous ceux qui sont sur le point de quitter le territoire des Pays tiers pour rejoindre les îles Canaries ou Ceuta et Melilla, le Gouvernement espagnol évite que les pressions migratoires s'exercent sur sa propre frontière. Or, la configuration policière de cette stratégie extraterritoriale interroge dans la mesure où les droits fondamentaux s'appliquent d'une manière qui en rend les garanties théoriques et illusoire. En effet les exilés interceptés par les agents de la Garde civile sont immédiatement débarqués, même s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'ils courent un risque réel d'être soumis à la torture ou à un traitement inhumain et dégradant lorsqu'ils seront placés sous le contrôle des forces du Pays tiers (Chapitre 1).

Cependant, le principe de juridiction enjoint la Garde civile à « protéger le libre exercice des droits et des libertés » tel que consacré dans l'article 104.1 de la Constitution espagnole, sans y mettre un terme pour des motifs relevant de l'opérationnel. Le principe de non-refoulement et l'interdiction de la torture impliquent de la part de la Garde civile l'obligation de ne pas débarquer ces personnes⁶¹³ vers un pays où il existe des motifs sérieux de croire à l'existence de ces pratiques⁶¹⁴, sous peine d'engager la responsabilité de l'État du chef d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à un risque de mauvais traitements prohibés par la ConvEDH⁶¹⁵ (Chapitre 2).

⁶¹³ CourEDH, *Soering*, précité, §§ 90-91 ; *Vilvarajah et autres*, précité, § 103; *Ahmed*, précité, § 39 ; *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, § 34; *Jabari c. Turquie*, n° 40035/98, § 38 ; *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, n°1948/04, 11 janvier 2007, § 135.

⁶¹⁴ CourEDH, *Salah Sheekh*, précité, §§ 138-149.

⁶¹⁵ CourEDH, *Saadi c. Italie* [GC], n° 37201/06, § 126.

Chapitre 1

Une stratégie contre les droits fondamentaux

L'extraterritorialité entraîne une rupture de l'équilibre constitutionnel espagnol dans la mesure où elle tend à faire primer la sécurité des frontières contre la migration irrégulière sur la garantie des droits et libertés reconnus aux exilés placés sous le contrôle de la Garde civile. Certes, les agents de la Garde civile peuvent remettre les exilés interceptés aux autorités du pays tiers s'ils sont convaincus que les conditions escomptées dans le pays de débarquement cadrent pleinement avec le droit international des réfugiés et du droit international des droits de l'homme. Cependant, la stratégie extraterritoriale ne permet pas de les appliquer d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives. À cet égard, les fondements (Section 1) et les conséquences (Section 2) de cette affirmation illustrent la résistance manifeste de l'extraterritorialité aux droits fondamentaux.

Section 1

Fondements de l'affirmation

La stratégie extraterritoriale est une entrave aux droits fondamentaux dès lors qu'il n'existe aucun moyen de contrôle de la Garde civile lorsqu'elle gère et surveille les frontières depuis le pays tiers (I). Le caractère purement fonctionnel de la politique d'endiguement soulève un problème au regard de l'article 2 du Protocole n°4 à la ConvEDH⁶¹⁶, en privant les exilés du droit de quitter n'importe quel pays, y compris le leur (II).

⁶¹⁶ Protocole n°4 à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, reconnaissant certains droit et libertés autres que ceux figurant déjà dans le premier Protocole additionnel à la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n°11, Strasbourg, 16.IX.1963, série des Traités européens n°46, article 2.2.

I. Le caractère policier de la coopération opérationnelle avec les Pays tiers

L'intervention de la Garde civile dans les eaux intérieures ou sur le territoire terrestre du Pays hôte est une initiative du Gouvernement espagnol. Subordonné au principe de la confiance réciproque, cet exercice extraterritorial des pouvoirs de police induit de la part des Ministères de tutelle⁶¹⁷ une volonté de coopérer pour organiser conjointement la surveillance et les contrôles aux frontières, conformément aux accords de coopération en matière migratoire.

Dans un arrêt de 1974, la CIJ avait déjà déclaré que « la confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable »⁶¹⁸. C'est ce même principe de confiance mutuelle, qui a permis le développement des coopérations opérationnelles entre la Garde civile et ses homologues des États la corne ouest de l'Afrique, pour endiguer les flux migratoires directement sur le territoire des Pays voisins⁶¹⁹.

La gestion extraterritoriale des frontières opérée par la police espagnole peut s'entendre comme une approche revisitée des contrôles aux frontières qui, dans sa mise en oeuvre, a une influence tangible sur les routes et itinéraires des personnes qui fuient les persécutions. C'est un défi global qui dépasse les intérêts espagnols et européens . d'où l'idée de centrer la réflexion sur une approche plus internationale. À cet égard, la Charte des NU précise que la coopération entre États

⁶¹⁷ Il s'agit des Ministères de l'Intérieur espagnol et des Pays tiers.

⁶¹⁸ Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J, Recueil 1974, p.457.

⁶¹⁹ Cf. Titre 2 de la Partie 1 de la thèse, Section 2.

doit oeuvrer pour le développement et l'encouragement « du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion »⁶²⁰.

En effet, quelle valeur serait celle de la coopération portée par l'Espagne dans le domaine des frontières si son objectif n'est pas aussi de prévenir et d'écarter les menaces aux principes du droit international des réfugiés et des droits de l'homme? En tant qu'outil du phénomène politique, la coopération devrait-elle échapper à la prééminence du droit ?

Sachant que l'exercice extraterritorial des pouvoirs de police a une portée internationale et qu'il est un des objectifs poursuivis par les Accords internationaux administratifs et non normatifs espagnols⁶²¹, l'Espagne doit répondre à ses obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, notamment celle de se plier à l'ordre public international (OPI) institué par le chapitre I de la Charte des NU⁶²². Considéré « comme un ensemble de valeurs intangibles et supérieures »⁶²³, l'ordre public international se compose des normes de *ius cogens* - dont le droit international des réfugiés et des droits de l'homme - et des obligations *erga omnes* de protection - à l'instar de celles relatives au non-refoulement des réfugiés et à la prohibition de la torture et des traitements ou

⁶²⁰ « *Les buts des Nations Unies sont les suivants : 3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion;* », Charte des Nations Unies (CNU), signée à San Francisco le 26 juin 1945, à la fin de la Conférence des Nations Unies pour l'Organisation internationale, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, article 1er. Le point c) de l'article 55 de la Charte va dans ce même sens.

⁶²¹ Sur l'analyse des accords internationaux administratifs et non normatifs (Mémoires), se reporter aux pages 188 à 201 de la thèse.

⁶²² Le chapitre I de la CNU est composé de deux articles. Le premier concerne les buts des Nations Unies notamment celui de « *3. réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* ». Concernant le deuxième article, il traite des principes et obligations inhérents à l'action de l'ONU dans l'exercice de ses missions. Ses deux premiers points nous intéressent, en disposant que « *1. L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres. 2. Les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte* ».

⁶²³ M.-L. NIBOYET (Professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre La Défense) et G. GEOUFFRE de la PRADELLE (Professeur émérite à l'université Paris X-Nanterre), *Droit international privé*, LG.D.J (2007), n°307.

peines cruels, inhumains et dégradantes. Leur étant supérieur l'OPI conditionne l'ordre public interne des États⁶²⁴.

La coopération entre l'Espagne et les Pays tiers doit poursuivre les objectifs assignés au Chapitre 1 de la Charte des NU, dont celui « d'assurer à tous la jouissance des droits »⁶²⁵ tirés de la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés, du PIDCP ou de la DUDH.

Attendu que l'objectif de la coopération espagnole est la dissuasion des candidats à la migration irrégulière, le Ministère de l'Intérieur doit s'assurer que les opérations extraterritoriales n'affectent pas les valeurs fondamentales et essentielles de l'OPI.

Quel est l'intérêt de la coopération en matière migratoire si la méthode employée par les autorités, consiste à se décharger de ses obligations qui découlent du droit international des réfugiés et des droits de l'homme? En décidant d'intervenir aux côtés de ses homologues africains, la Garde civile ne peut pas minorer les obligations qui pèsent sur l'État dans la communauté internationale. D'ailleurs, comment lutter contre la migration irrégulière si les personnes n'ont toujours pas quitté leur propre pays? Et qu'en est-il ceux qui fuient des persécutions, les obligeant de se déplacer ?

Quel est le rôle de la Garde civile, si ce n'est celui de contraindre les exilés à ne pas poursuivre leur parcours migratoire pour des raisons tenant à la sécurité des frontières nationales?

Les droits de l'homme et des libertés fondamentales gouvernent les États dans leur organisation et modèrent leur expression sur la scène internationale. C'est sur ce point que la coopération ne doit pas transiger lorsqu'il s'agit du respect absolu des obligations erga omnes de protection qui structurent le droit international des réfugiés et des droits de l'homme. À cet égard, l'opinion consultative de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH) du 13 septembre 2003 est particu-

⁶²⁴ A. BUCHER (Professeur honoraire à la Faculté de droit de l'Université de Genève), « *l'ordre public et le but social des lois* », RCADI, Tome 239, 1993, p.25; W. LEVI, « *The international ordre public* », RDI 1. 1994, p.54.; E. SALMÓN G. (Professeur associée de droit international public, Pontificia Universidad Católica del Perú - Membre du Comité éditorial de la Revue Internationale de la Croix-Rouge), « *El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos* », *Themis 51*, Revista de Derecho.

⁶²⁵ Article 2.2 de la Charte des NU.

lièrement éclairante sur la condition juridique des migrants dans la détermination des politiques migratoires⁶²⁶. Selon elle, « les droits humains doivent être respectés et garantis par tous les États. Le fait que toute personne dispose d'attributs inhérents à sa dignité humaine et inviolables, la rendant titulaire de droits fondamentaux qui ne peuvent pas lui être ignorés et que, en conséquence, sont supérieures au pouvoir de l'État, peu importe son organisation politique, est indiscutable »⁶²⁷. Cela signifie qu'il y a efficacité des droits de l'homme uniquement si l'État assure des mécanismes de garanties, pour empêcher ou corriger l'atteinte aux droits et libertés.

À l'instar de son homologue interaméricain, le juge européen avait considéré que « la Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des États contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre; (...) elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs. »⁶²⁸. Par conséquent, la coopération portant sur la gestion extraterritoriale des frontières sera licite, seulement si elle n'entraîne pas une altération des principes du droit international des réfugiés et des droits de l'homme. C'est une impératif de l'état de droit.

La coopération pour une gestion extraterritoriale des frontières est une stratégie policière gouvernée par le respect des droits humains, comme en atteste l'article 5 de la loi 12/1986 sur les Forces et Corps de Sécurité de l'État. Dans sa relation avec la communauté⁶²⁹, la Garde civile doit

⁶²⁶ CourIDH, Opinión consultativa OC-18/02 de 17 septiembre 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, « *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* », IX - Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos - §§ 161-172, uniquement en castillan.

⁶²⁷ Traduction personnelle du §73 de l'opinion consultative OC OC-18/02. Sur ce même point: CIDH, Caso « *Cinco Pensionistas* », Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C n°98, §163; Caso de « *la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* », Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n°79, §154; Caso « *Baena Ricardo y otros.* », Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n°72, §178.

⁶²⁸ CourEDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, requête n° 5310/71, série A n° 25, §239, *in fine*.

⁶²⁹Il s'agit ici d'une traduction personnelle des termes « *Relaciones con la comunidad* » du point 2 de l'article 5 de la loi 2/1986 sur les FCSE. En somme, cet article est une liste non exhaustif des principes déontologiques de la pratique policière.

assurer un traitement correct des personnes qu'elle assiste ou qu'elle protège⁶³⁰, en ne laissant aucune place aux pratiques policières abusives, arbitraires ou discriminatoires impliquant la violence physique ou morale⁶³¹. Combiné au point 1.a) du même article 5, il n'y a pas de doute à avoir concernant la sujétion des activités de gestion et de surveillance des frontières au respect absolu de la Constitution et au reste de l'ordonnement juridique⁶³². Par conséquent, pèse sur les membres de la Garde civile l'obligation générale de respecter et de garantir les droits fondamentaux des personnes réfugiées et menacées, même à l'extérieur du territoire. C'est sur ce même motif que la Cour IDH avait déclaré à l'unanimité que les États ont une obligation générale d'adopter les mesures positives pour remédier aux pratiques qui restreignent l'exercice d'un droit fondamental⁶³³. Dès lors, la coopération policière n'aurait de sens que si elle s'accordait - dans sa mise en oeuvre opérationnelle - au droit international des réfugiés et des droits de l'homme. Mais comment s'en prévaloir si l'objectif poursuivi par la gestion extraterritoriale des frontières est de priver les migrants du droit fondamental de quitter un pays, alors que le caractère obligatoire de cet engagement assumé par l'Espagne repose sur sa bonne foi en droit international? La coopération policière n'y est pas favorable, et doit s'apprécier comme une entrave assumée au droit fondamental de quitter un pays y compris le sien, conformément au droit international⁶³⁴.

⁶³⁰ Ley orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, article 5.2. b).

⁶³¹ Ley orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, article 5.2. a).

⁶³² Ley orgánica 2/1986 sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, article 5.1. a).

⁶³³ Cour IDH, Opinión consultativa OC-18/02 de 17 septiembre 2003, X - Opinión, points 1 et 2, p.125.

⁶³⁴ Déclaration Universelle des droits de l'Homme, Résolution de l'assemblée générale de l'ONU, A/RES/217 A (III), 10 décembre 1948, article 13; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 U.N.T.S. 171, article 12; Conseil de l'Europe, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950 (213 E.T.S. 222), article 2.2 du Protocole n°4; Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément à l'article 49, article 10§2.

II. Une entrave au droit fondamental de quitter un pays y compris le sien

La bonne foi en droit international⁶³⁵ induit, de la part des autorités espagnoles, une application raisonnable du principe, de façon à ce que le but poursuivi par le traité soit atteint⁶³⁶. Concernant le droit fondamental de quitter un pays, il est attendu de l'Espagne qu'elle honore ses engagements pris en ratifiant le PIDCP⁶³⁷, le protocole n°4 de la ConvEDH⁶³⁸ puis la Convention sur les droits de l'enfant⁶³⁹, parce qu'ils sont le fondement universel du droit fondamental de quitter un pays y compris le sien⁶⁴⁰.

La stratégie extraterritoriale constitue un moyen de l'État pour vider ce droit de sa substance. Or, n'y a-t-il pas une obligation des autorités d'assurer le plein respect de ces instruments internationaux dans le développement des politiques publiques?

Le droit de quitter un pays y compris le sien est un droit qui tient sa fundamentalité des normes supérieures auquel l'État ne peut en conditionner l'exercice parce qu'il est, à ce que FAVOREU assigne à la liberté d'aller et venir, un attribut élémentaire qui fait de l'homme un être libre⁶⁴¹. Inhérent à la personne humaine, le droit fondamental de quitter un pays y compris le sien relève du libre

⁶³⁵ Sur l'analyse du principe de bonne foi, Titre 1, Chap. 2, Sect. 1, §1 « *La place du traité dans le contentieux des frontières* », A et B du §1 « *La place du traité dans le contentieux des frontières* », A et B de la thèse.

⁶³⁶ Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie-Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, § 142.

⁶³⁷ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9337 a 9343 (7 págs.).

⁶³⁸ Instrumento de Ratificación del Protocolo n°4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio n° 46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963.

⁶³⁹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904 (8 págs.).

⁶⁴⁰ Cf. note 538 pour le détail des articles qui protègent le droit fondamental de quitter un pays y compris le sien. Pour aller plus loin: Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies, « *Observation générale n°27: Liberté de circulation* », novembre 1999 ; Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « *Le droit de quitter un pays* », novembre 2013.

⁶⁴¹ L. FAVOREU, *Droits des libertés fondamentales*, 7ème édition, Dalloz, § 4. *La liberté d'aller et venir*, p.240.

arbitre des individus, sans que l'État puisse en reporter la jouissance au même titre que la liberté de circulation.

La loi 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne illustre bien cette idée selon laquelle « la liberté des mouvements »⁶⁴² des étrangers est avant tout tributaire des choix politiques du Gouvernement législateur, au titre de sa compétence exclusive dans le domaine de « l'immigration, l'émigration, la condition des étrangers et le droit d'asile »⁶⁴³. Il en résulte un régime d'autorisation relatif à l'entrée et le séjour du migrant sur le territoire national, soumis au pouvoir discrétionnaire de l'Administration générale de l'État.

En revanche le droit de quitter un pays y compris le sien ne peut pas être considéré comme une permission d'agir du Parlement ou du Gouvernement. En tant que droit fondamental, sa jouissance est absolue : il n'a pas à se conformer aux intérêts stratégiques et politiques de l'État.

D'où notre interrogation concernant sa compatibilité avec la gestion et la surveillance extraterritoriales des frontières. L'endiguement des flux migratoires et la rétention spatiale des personnes déplacées démontrent le peu d'intérêt porté par la Garde civile et son Ministère de tutelle à l'universalisme du droit fondamental de quitter un pays y compris le sien. En manquant à ce droit, les autorités peuvent déroger aux autres droits fondamentaux comme le rappelle le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, lorsqu'il précise que « le droit de quitter un pays, que ce soit le pays dont on a la nationalité ou celui dans lequel on se trouve, est une condition préalable nécessaire à la jouissance de plusieurs autres droits de l'homme, dont le droit à une protection internationale contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants »⁶⁴⁴.

⁶⁴² « *Liberté des mouvements* » (Hauriou), la liberté d'aller et venir est le « signe extérieur des régimes libéraux » (G. Burdeau) », L. FAVOREU, *Droits des libertés fondamentales*, 7ème édition, Dalloz, § 4. *La liberté d'aller et venir*, p. 240.

⁶⁴³ D'ailleurs, cet argument vaut pour toutes les lois qui réglementent l'entrée, le séjour et l'éloignement des étrangers. Concernant la compétence exclusive de l'État dans ce domaine, se référer à l'article 149.2e de la Constitution espagnole. Sur l'analyse de l'article 149 CE : Partie 1, Titre 1, Chap.1, Sec.1 *Caractère concurrentiel du maintien de la sécurité publique avec la garantie des droits fondamentaux*.

⁶⁴⁴ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « *Le droit de quitter un pays* », novembre 2013, p.5.

La gestion et la surveillance extraterritoriale des frontières constituent une atteinte au § 3 de l'article 2 du Protocole n°4 à la CourEDH⁶⁴⁵ et ne poursuivent aucun but légitime. Elles ne sont pas nécessaires dans la société démocratique⁶⁴⁶ en exposant les migrants au risque de subir des traitements inhumains et dégradants⁶⁴⁷.

Conformément au §3 de l'article 2 du Protocole n°4 à la ConvEDH, le droit fondamental de quitter un pays y compris le sien « ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique (...) »⁶⁴⁸. Pour vérifier le respect de cette exigence par la stratégie extraterritoriale espagnole, il apparaît opportun de suivre la méthode de la CourEDH dans l'affaire *Stamose c. Bulgarie* du 27 novembre 2012⁶⁴⁹.

Tout d'abord, aucune disposition ne définit expressément la configuration des opérations extraterritoriales de contrôle des personnes et de surveillance des frontières. Nous savons que l'endiguement des flux migratoires est une déclinaison du dispositif européen de protection de l'ELSJ pour « l'établissement progressif d'un système intégré de gestion des frontières extérieures »⁶⁵⁰, dont l'efficacité tient au cadre de partenariat entre l'UE et les Pays tiers en matière migratoire. La coopération

⁶⁴⁵ « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. », § 2 de l'article 2 du Protocole n°4 à la ConvEDH.

⁶⁴⁶ « Encore convient-il de s'entendre sur l'adjectif 'nécessaire'. Il est précisé, dans l'arrêt *Handyside*, dans les termes suivants: il n'est pas synonyme 'd'indispensable', il n'a pas la souplesse des termes tels que 'admissible', 'normal', 'utile' ou 'opportun'; il suppose 'un besoin social impérieux' », V. FABRE-ALIBERT (Maître de conférences en droit public à la Faculté de droit et de science politique de Reims), « Sur la notion de 'société démocratique' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, RTDH, 1998, p. 489.

⁶⁴⁷ CourEDH suivants: *Soering*, §§ 90-91 ; *Vilvarajah et autres*, § 103 ; *Ahmed*, § 39 ; *H.L.R.* § 34 ; *Jabari*, § 38 ; *Salah Sheekh*, § 135; *Saadi*, § 126.

⁶⁴⁸ « L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. », § 3 de l'article 2 du Protocole n°4 à la ConvEDH.

⁶⁴⁹ CourEDH, *Stamose c. Bulgarie*, requête n° 29713/05, 27 novembre 2012, §§ 24-37.

⁶⁵⁰ L'article 77.2.d) est le fondement de la stratégie extraterritoriale de la gestion et de la surveillance des frontières.

avec les pays tiers devrait mettre en oeuvre l'article 13 du Code frontières Schengen⁶⁵¹, les articles premiers des Règlements relatifs au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes⁶⁵² et les règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures⁶⁵³. Même si l'objectif poursuivi par la gestion extraterritoriale est le maintien de la sécurité aux frontières espagnoles⁶⁵⁴, celle-ci ne répond pas au critère de la nécessité dans une société démocratique, et à son exigence de proportionnalité⁶⁵⁵.

L'endiguement des flux migratoires vise à interdire ou à empêcher le déplacement international des personnes, en dehors de toute considération tenant aux facteurs qui les ont poussé à quitter leur pays d'origine. Comme a pu l'affirmer la CourEDH dans de nombreux arrêts, le caractère général et presque automatique des restrictions portées au droit de quitter un pays y compris le sien, « ne peuvent passer pour justifiées au regard de l'article 2 du Protocole n° 4 »⁶⁵⁶. Dès lors, comment les autorités espagnoles ou européennes pourraient-elles justifier la stratégie extraterritoriale en cause? Par la pression migratoire qui s'exerce aux frontières méditerranéennes? Cet ar-

⁶⁵¹ « *La surveillance des frontières a pour objet principal d'empêcher le franchissement non autorisé de la frontière, de lutter contre la criminalité transfrontalière et de prendre des mesures à l'encontre des personnes ayant franchi illégalement la frontière. Une personne qui a franchi illégalement une frontière et qui n'a pas le droit de séjourner sur le territoire de l'État membre concerné est appréhendée et fait l'objet de procédures respectant la directive 2008/115/CE.* », Règlement (UE) 2016/399 précité, article 13.1.

⁶⁵² « *Le présent règlement institue un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes pour assurer la gestion européenne intégrée des frontières extérieures, dans le but de gérer efficacement le franchissement des frontières extérieures. Cela implique notamment de s'attaquer aux défis migratoires et aux éventuelles futures menaces à ces frontières, en contribuant ainsi à lutter contre les formes graves de criminalité ayant une dimension transfrontalière, afin d'assurer un niveau élevé de sécurité intérieure au sein de l'Union, dans le plein respect des droits fondamentaux, tout en y préservant la libre circulation des personnes.* », Règlement (UE) 2016/1624, article premier.

⁶⁵³ « *Le présent règlement s'applique aux opérations de surveillance des frontières menées par les États membres à leurs frontières extérieures maritimes dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne.* », Règlement (UE) 656/2014, article premier.

⁶⁵⁴ Cf. Partie 1, Titre 1, Sec.1, Chap.1, § 1.

⁶⁵⁵ CourEDH, *Stamose c. Bulgarie*, § 32 in fine.

⁶⁵⁶ CourEDH, *Stamose c. Bulgarie*, § 35 in fine.

gument ne saurait tenir si l'on se reporte à la jurisprudence de la CourEDH⁶⁵⁷. D'ailleurs, aucun raisonnement ne pourrait être admis, puisque la gestion extraterritoriale des frontières équivaut à une exonération franche des droits garantis par l'article 3 ConvEDH. Si le droit de quitter un pays y compris le sien est le préalable à la jouissance du droit à la protection internationale, les restrictions portées à l'article 2 du Protocole n° 4 sont, a fortiori, également portées à l'article 3 ConvEDH.

Or, qu'en est-il du caractère absolu de l'article 3 de cette même Convention, en tant que « valeurs fondamentales de toute société démocratique »⁶⁵⁸ ?

Le droit à l'intégrité physique est un droit intangible qui ne ménage aucune exception, et l'article 2 du Protocole n°4 à la ConvEDH ne permet pas d'y déroger dans la mise en oeuvre des politiques relatives aux contrôles aux frontières. Y compris à l'extérieur de l'ELSJ. Partant, l'extraterritorialité est un processus qui, dans sa correspondance avec la gestion et à la surveillance des frontières, ne permet pas à l'Espagne et à l'UE de combattre efficacement la migration irrégulière dans le respect des leurs engagements internationaux. En l'absence d'instructions concrètes sur les motifs et raisons

⁶⁵⁷ « La Cour note tout d'abord que les États situés aux frontières extérieures de l'Union européenne rencontrent actuellement des difficultés considérables pour faire face à un flux croissant de migrants et de demandeurs d'asile. Cette situation est accentuée par les transferts de candidats à l'asile par des autres États membres en application du règlement Dublin (...). La Cour ne saurait sous-estimer le poids et la pression que cette situation fait peser sur les pays concernés, d'autant plus lourds qu'elle s'inscrit dans un contexte de crise économique. Elle est en particulier consciente des difficultés engendrées par l'accueil des migrants et demandeurs d'asile lors de leur arrivée dans les grands aéroports internationaux ainsi que par la disproportion du nombre de demandeurs d'asile par rapport aux capacités de certains de ces États. Toutefois, vu le caractère absolu de l'article 3, cela ne saurait exonérer un État de ses obligations au regard de cette disposition. », *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, § 223, CEDH 2011; « En particulier, elle est consciente des difficultés liées au phénomène des migrations maritimes, impliquant pour les États des complications supplémentaires dans le contrôle des frontières du sud de l'Europe. Toutefois, vu le caractère absolu des droits garantis par l'article 3, cela ne saurait exonérer un État de ses obligations au regard de cette disposition. », *Hirsi Jamaa c. Italie* [GC], n° 27765/09, § 122, CEDH 2012.

⁶⁵⁸ « Cette prohibition absolue, par la Convention, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants montre que l'article 3 (art. 3) consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. On la rencontre en des termes voisins dans d'autres textes internationaux, par exemple le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques et la Convention américaine des Droits de l'Homme, de 1969; on y voit d'ordinaire une norme internationalement acceptée. », CourEDH, *Soering c. RU* précité, § 88; « Les États doivent notamment prendre en considération l'article 3 de la Convention, qui consacre l'une des valeurs fondamentales de toute société démocratique et prohibe en termes absolus la torture et les traitements inhumains ou dégradants quels que soient les circonstances et les agissements de la victime (voir, parmi d'autres, *Labita c. Italie* [GC], n°26772/95, § 119, CEDH 2000-IV). », CourEDH, *M.S.S c. Belgique et Grèce* précité, §218.

d'une intervention à l'extérieur du territoire, comment vérifier les intentions du Ministère et de sa Garde civile? Et du déroulement des opérations de prise en charge des personnes interceptées?

Par son manque de transparence, l'approche extraterritoriale des frontières ne permet pas de s'assurer du plein respect des obligations qui découlent de l'article 2.2 du Protocole n°4 à la ConvEDH.

Section 2

Les conséquences de l'affirmation

La stratégie extraterritoriale ouvre une brèche à la pratique du refoulement direct des migrants dans la mesure où les interceptions policières sont systématiquement suivies du débarquement et de la remise des exilés aux autorités de l'État voisin, sans que les gardes-frontières espagnols et/ou européens s'assurent du sort qui leur sera réservé (I). Or, ce traitement aussi injustifié qu'il soit, ne peut pas resté impuni dans la mesure où il constitue une violation manifeste du *ius cogens* par l'Espagne et/ou l'Agence, lorsqu'elles interviennent conjointement en Méditerranée aux côtés des forces voisines. Compte tenu de la nature irréversible du dommage causé par le refoulement, les exilés sont en mesure de faire valoir l'illicéité du comportement des autorités décisionnaires, pour obtenir le redressement approprié. Le mécanisme de plainte devant l'Agence semble y répondre partiellement (II).

I. Le refoulement direct

Alors que la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés interdit le renvoi des exilés là où il existe un risque pour leur vie, la stratégie extraterritoriale a rendu possible sa normalisation en autorisant le débarquement systématique des candidats à l'exil interceptés dans les eaux ou près des côtes du Pays tiers. Cette fragilisation manifeste du principe de non-refoulement (A) n'est pas rassurante, puisque la pratique démontre une volonté certaine des autorités de ne plus s'y plier (B).

A. La fragilisation de l'interdiction de non-refoulement

L'élément essentiel du droit international des réfugiés repose sur l'interdiction de renvoyer, par quelque moyen que ce soit, une personne aux frontières d'un État où elle a des raisons de craindre la persécution⁶⁵⁹. Applicable à toutes les personnes interceptées sur le territoire du Pays hôte, le principe nécessite de la part des autorités des moyens concrets pour que le non-refoulement des réfugiés ait un sens non illusoire dans sa mise en oeuvre.

Certes l'interdiction faite aux États de refouler « de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »⁶⁶⁰ est incontestable. Il s'agit ici d'une interdiction adressée à l'État en tant que sujet de droit international public, y compris à l'extérieur de son propre territoire. En effet, le principe de non-refoulement tiré de la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés prohibe en des termes absolus le renvoi sommaire et expéditif de migrants là où il existe une menace pour leur vie.

Or la gestion et la surveillance extraterritoriale des frontières par la Garde civile s'y opposent, puisqu'elles privent les exilés du droit de quitter un pays y compris le leur, alors qu'il est un préalable essentiel pour exercer les droits issus de la Convention⁶⁶¹. Par conséquent, le respect de cette obli-

⁶⁵⁹ Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, paragraphe 1 de son article 33; Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial, adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale en 1967, paragraphe 1 de son article 3; Convention de 1969 de l'OUA, paragraphe 3 de l'article II; Convention américaine sur les droits de l'homme adoptée en novembre 1969, paragraphe 8 de l'article 22; Résolution sur l'asile en faveur des personnes menacées de persécution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, adoptée le 29 septembre 1967; Comité consultatif juridique afro-asiatique, huitième session tenue à Bangkok en 1966.

⁶⁶⁰ « *Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.* », Paragraphe 1 de l'article 33 de la Convention de Genève de 1951 sur le statut de réfugié.

⁶⁶¹ Ce thème a été abordé à la section précédente.

gation dans le domaine de la coopération opérationnelle et du partenariat avec les Pays tiers est douteux dès lors que les forces de terrain interviennent sur le territoire de ces derniers⁶⁶².

Constitutif du système intégré de gestion des frontières au titre de l'article 77 TFUE⁶⁶³, le Règlement (UE) n° 656/2014 dispose que « lorsque la coopération avec des pays tiers a lieu sur le territoire ou dans la mer territoriale de ces pays, les États membres et l'Agence devraient respecter des normes et des critères au moins équivalents à ceux fixés dans le droit de l'Union »⁶⁶⁴, pour mener à bien les actions et interventions de terrain⁶⁶⁵. Mais que devons-nous comprendre par 'au moins équivalents à ceux fixés dans le droit de l'Union'? Pourquoi ne pas dire clairement que le plein respect du droit international des réfugiés et des droits de l'homme doit commander ces opérations? Le respect des normes ne devrait pas être une proposition formulée à l'État ou à l'Agence, lorsqu'ils interviennent dans les eaux ou sur le territoire terrestre de l'État tiers. Au contraire. C'est

⁶⁶² Cf. Partie 1 Titre 2.

⁶⁶³ TFUE, art. 77.2.b).

⁶⁶⁴ « *La coopération avec les pays tiers voisins est essentielle pour empêcher le franchissement non autorisé des frontières, lutter contre la criminalité transfrontalière et éviter les pertes humaines en mer. Conformément au règlement (CE) n° 2007/2004, et pour autant que les droits fondamentaux des migrants soient pleinement respectés, l'Agence peut coopérer avec les autorités compétentes de pays tiers, en particulier pour ce qui concerne l'analyse du risque et la formation, et elle devrait faciliter la coopération opérationnelle entre les États membres et les pays tiers. Lorsque la coopération avec des pays tiers a lieu sur le territoire ou dans la mer territoriale de ces pays, les États membres et l'Agence devraient respecter des normes et des critères au moins équivalents à ceux fixés dans le droit de l'Union* », considérant n°5 du Règlement (UE) n° 656/2014 précité; « *La gestion européenne intégrée des frontières comprend des mesures dans les pays tiers, des mesures mises en œuvre conjointement avec les pays tiers voisins, des mesures de contrôle aux frontières extérieures et des mesures mises en œuvre dans le domaine de la libre circulation y compris le retour de ressortissants d'un pays tiers qui se trouve en séjour irrégulier dans un État membre.* », Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant le règlement (CE) n° 2007/2004, le règlement (CE) n° 863/2007 et la décision 2005/267/CE du Conseil, COM(2015) 671 final, 2015/0310 (COD), 15.12.2015, p.9.

⁶⁶⁵ « *Le projet de règlement vise à répondre aux nouveaux défis et réalités politiques auxquels est confrontée l'Union, tant en ce qui concerne la gestion des flux migratoires que la sécurité intérieure. Il met en place une boîte à outils de mesures afin d'aborder la gestion des frontières de manière globale. Il veille à ce que les règles relatives à la gestion des frontières soient pleinement et correctement mises en œuvre par les États membres, que des mesures appropriées soient prises pour prévenir des situations de crise et pour intervenir à un stade précoce aux frontières extérieures, et ce n'est que si la situation devient néanmoins critique que des mesures urgentes sont prises au niveau de l'Union pour une intervention directe sur le terrain. Au vu de ses objectifs, et conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé à l'article 5 du traité sur l'Union européenne, le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.*», Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant le règlement (CE) n° 2007/2004, le règlement (CE) n° 863/2007 et la décision 2005/267/CE du Conseil précité, 2. Proportionnalité, p.7.

une obligation que l'État doit remplir. Quoi qu'il en soit, cette inconvenance n'est pas anodine, quant il s'agit de garantir l'autorité des droits fondamentaux dans les missions régaliennes comme celle de la police aux frontières. N'oublions pas que l'Union a toujours ménagé la souveraineté et la susceptibilité de ses membres, lorsqu'il s'agit de garantir le plein respect du principe de non-refoulement⁶⁶⁶. Dès lors, s'agit-il d'une consécration en demi-teinte ou purement formelle?

Selon l'article 4 du Règlement, nous savons que la coopération entre les États membres et les Pays tiers devra assurer que « nul [ne sera], en violation du principe de non-refoulement, débarqué, forcé à entrer, conduit dans un pays ou autrement remis aux autorités d'un pays où il existe, entre autres, un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture, à la persécution ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son orientation sexuelle, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, ou dans lequel il existe un risque sérieux d'expulsion, d'éloignement ou d'extradition vers un autre pays en violation du principe de non-refoulement »⁶⁶⁷. Ces obligations s'appliquent à l'identique aux opérations extraterritoriales de gestion et de surveillance des frontières. Cependant, cette reprise des articles premier de la Convention de Genève de 1951⁶⁶⁸, 19.2 de la CDFUE⁶⁶⁹ et de l'obligation tirée de l'article 3 ConvEDH en ma-

⁶⁶⁶ Y. PASCOUAU (Chercheur senior associé à l'Institut Jacques Delors et Directeur à l'European Policy Centre), *L'espace Schengen face aux crises : la tentation des frontières*, Questions d'Europe n° 392, 17 mai 2016, Fondation Robert Schuman, en ligne sur: <http://www.robert-schuman.eu/fr/doc/questions-d-europe/qe-392-fr.pdf>

⁶⁶⁷ Règlement (UE) n° 656/2014, précité, art. 4.1.

⁶⁶⁸ « Aux fins de la présente Convention, le terme "réfugié" s'appliquera à toute personne : Qui, par suite d'événements survenus avant le 1er janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner. », point 2 du A de l'article premier de la Convention de Genève de 1951 sur le statut de réfugié.

⁶⁶⁹ « Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. », CDFUE, précitée, art. 19.2.

tière d'éloignement des étrangers⁶⁷⁰, est insuffisante pour borner l'activité extraterritoriale des membres de la Garde civile et de l'Agence, si le Règlement n'associe pas a minima le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés dans ce type d'opérations de terrain.

Pour rappel, son mandat s'exerce « sur toute autre personne qui se trouve hors du pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, hors du pays où elle avait sa résidence habituelle, parce qu'elle craint, ou a craint, avec raison, d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, et qui ne peut pas ou qui, du fait de cette crainte, ne veut pas se réclamer de la protection du gouvernement du pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, ne veut pas retourner dans le pays où elle avait sa résidence habituelle »⁶⁷¹. Par conséquent, la protection des droits fondamentaux et du principe de non-refoulement ⁶⁷² est illusoire si le HCR - à savoir la seule autorité qui assume les fonctions de protection internationale sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies ⁶⁷³- est évincé du Règlement, particulièrement si son ap-

⁶⁷⁰ *Soering* précité, §§ 90-91 ; *Vilvarajah et autres* précité, § 103; *Ahmed* précité, § 39 ; *H.L.R. c. France* précité, § 34 ; *Jabari c. Turquie* précité, § 38 ; *Salah Sheekh c. Pays-Bas* précité, § 135 ; *Hirsi Jamaa* précité, § 114; *A.C c. Espagne* précité, § 93.

⁶⁷¹ Résolution n° 428 (V) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1950 sur le statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, avec une Note introductive du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Chapitre II, *Attributions du Haut Commissaire*, article 6.B., p.8. Sur l'importance du HCR : Cf. Partie 1, Titre 2, Chap.1, Sec.2, §2, B.

⁶⁷² Tel est l'intitulé de l'article 4.1 du Règlement (UE) n° 656/2014 précité.

⁶⁷³ « *Le Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés agissant sous l'autorité de l'Assemblée générale, assume les fonctions de protection internationale, sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, en ce qui concerne les réfugiés qui entrent dans le cadre du présent statut, et de recherche des solutions permanentes au problème des réfugiés, en aidant les gouvernements, et, sous réserve de l'approbation des gouvernements intéressés, les organisations privées, à faciliter le rapatriement librement consenti de ces réfugiés ou leur assimilation dans de nouvelles communautés nationales (...)*», Résolution n° 428 (V) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1950 sur le statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, avec une Note introductive du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Chapitre I, *Dispositions d'ordre général*, article 1., p.6.

plication repose sur le respect absolu des articles 18 et 19 de la CDFUE⁶⁷⁴, et du droit international applicable aux opérations de surveillance des frontières maritimes extérieures⁶⁷⁵.

Partant, nous ne pouvons pas nous ranger derrière l'avis de la Commission européenne lorsqu'elle considère ce Règlement comme conforme aux obligations qui découlent des articles 2 et 6 TUE⁶⁷⁶.

Au contraire. Selon elle, la stratégie en matière de droits fondamentaux de l'Agence⁶⁷⁷, ainsi que le rôle renforcé de l'officier aux droits fondamentaux⁶⁷⁸ et le mécanisme de plainte auprès de

⁶⁷⁴ « Le présent règlement devrait être appliqué dans le plein respect du principe de non-refoulement tel qu'il est défini dans la charte et interprété par la jurisprudence de la Cour et de la Cour européenne des droits de l'homme. », Règlement (UE) n° 656/2014 précité, considérant n°12. Ce considérant renvoie notamment aux articles 18 et 19 de la CDFUE selon lesquels « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » et que « 1. Les expulsions collectives sont interdites. 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

⁶⁷⁵ Dans son considérant n°8, le Règlement dispose que « Pendant les opérations de surveillance des frontières en mer, les États membres devraient respecter leurs obligations respectives au titre du droit international, en particulier la convention des Nations unies sur le droit de la mer; la convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer; la convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes, la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée et son protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer; la convention des Nations unies relative au statut des réfugiés, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le pacte international relatif aux droits civils et politiques, la convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et d'autres instruments internationaux applicables ». Sans y associer le HCR, il apparaît difficile de relever ce défi consistant à assurer la protection des droits fondamentaux et du principe de non-refoulement.

⁶⁷⁶ « Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes inscrits dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier ses articles 18 et 19. La présente proposition garantit le respect des droits fondamentaux en établissant la nécessité pour l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes de disposer d'une stratégie en matière de droits fondamentaux, en mettant en place un forum consultatif sur les droits fondamentaux, en prévoyant un rôle élargi pour l'officier aux droits fondamentaux et en instaurant un mécanisme de plainte (...) auprès de l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes. La proposition est donc conforme aux articles 2 et 6 du traité sur l'Union européenne et à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. », Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant le règlement (CE) n° 2007/2004, le règlement (CE) n° 863/2007 et la décision 2005/267/CE du Conseil, COM(2015) 671 final, 2015/0310 (COD), 15.12.2015, p.8.

⁶⁷⁷ « L'Agence doit élaborer une stratégie en matière de droits fondamentaux tenant compte en particulier des enfants, des victimes de la traite des êtres humains, des personnes ayant besoin d'une assistance médicale ou d'une protection internationale, des personnes en détresse en mer et de toute autre personne se trouvant dans une situation de vulnérabilité. », Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Rapport 2015 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM(2016) 265 final, 19.5.2016.

⁶⁷⁸ Règlement (UE) 2016/1624, précité, art. 71.1 ; Cf. Communication de la Commission COM(2015) 673 final, le 15.12.2015, 5. Droits fondamentaux et mécanisme de plainte pour l'Agence, p.8.

l'Agence⁶⁷⁹, suffisent à en déclarer la régularité. Or l'obligation de protection, qui découlent du droit international des réfugiés, mériterait une autorité autre qu'une consécration textuelle, notamment si elle conditionne la mise en oeuvre des opérations qui ont lieu sur le territoire ou dans la mer territoriale des Pays tiers.

En tant qu'institution qui veille à l'application des traités⁶⁸⁰, la Commission doit renforcer le rôle du HCR par le biais de l'article 2 TUE⁶⁸¹, attendu qu'elle est la seule autorité qualifiée pour vérifier qu'aucun des membres des forces de police en charge des opérations ne refoulera un réfugié sur les frontières des territoires, où sa vie ou sa liberté serait menacée. Et non les unités policières participantes⁶⁸². Leur rôle devrait être limité à la surveillance opérationnelle des frontières puisque seul le HCR dispose de l'expertise et des compétences pour identifier les personnes vulnérables interceptées ou secourues, à l'évaluation de la situation personnelle des opprimés, à l'interdiction aux forces de police européennes le débarquement de la personne s'il existe des raisons sérieuses de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ou à un traitement ou une peine inhumaine ou dégradante⁶⁸³, et d'ordonner à ces mêmes autorités la mise sous protection de la personne en vue

⁶⁷⁹ Sur le mécanisme de traitement des plaintes, se référer à l'article 72 du Règlement (UE) 2016/1624 précité.

⁶⁸⁰ « La Commission promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin. Elle veille à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne. », extrait de l'article 17.1 TUE.

⁶⁸¹ « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. », Article 2 TUE précité.

⁶⁸² Le Règlement (UE) n°656/2014 précité, entend par unité participante, « une unité maritime, terrestre ou aérienne relevant de la responsabilité de l'État membre d'accueil ou d'un État membre participant à une opération en mer ». Concernant l'Espagne, il s'agit de la Garde civile au titre de sa compétence qu'elle tire de l'article 12.1.B) d) de la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

⁶⁸³ Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés, art. 33.1.

d'une relocalisation dans l'UE, et non dans un Pays tiers voisin⁶⁸⁴. D'ailleurs, ces compétences pourraient être exécutoires au titre de la coopération des États avec le Haut Commissaire qui découle de l'article 35.1 de la Convention de Genève, pour « faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette Convention »⁶⁸⁵.

En tant que « pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés »⁶⁸⁶, cette même Convention fonde le régime européen d'asile commun⁶⁸⁷ que l'Union doit s'employer à rendre vivant par l'inclusion expresse du HCR dans toutes les opérations extraterritoriales.

⁶⁸⁴ En décidant d'intervenir sur le territoire des Pays tiers, l'Union et les États membres participants aux opérations agissent pour l'ensemble de la communauté et pour l'ELSJ. Conformément à l'article 4.3 TUE, « *l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités* ». Par conséquent, l'Union doit veiller à ce que chaque État membre puisse prendre en charge les réfugiés statutaires interceptés sur le territoire des Pays tiers, en vertu du principe de coopération loyale. Vu le caractère in conventionnel de la coopération avec les États tiers, il ne peut en être autrement. Cf. Partie 1, Titre 2, Chap.1, Sect.1, §2. B.

⁶⁸⁵ « *les États Contractants s'engagent à coopérer avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, ou toute autre institution des Nations Unies qui lui succéderait, dans l'exercice de ses fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette Convention.* », article 35.1 de la Convention de Genève de 1951 sur le statut de réfugié.

⁶⁸⁶ CJUE, 31 janvier 2017, aff. C-573/14, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides c. Mostafa Lounani*, point 41 ; 7 novembre 2013, aff. jointes C-199/12 à C-201/12, *X, Y, et Z c. Minister voor Immigratie en Asiel* (C-201/12), point 39.

⁶⁸⁷ Le régime d'asile européen commun (RAEC) tient son fondement de l'article 78 TFUE, selon lequel « *1. l'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire visant à offrir un statut approprié à tout ressortissant d'un pays tiers nécessitant une protection internationale et à assurer le respect du principe de non-refoulement. Cette politique doit être conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi qu'aux autres traités pertinents.* ». Conformément au point 2 de l'article 78 TFUE, le RAEC se compose de la Directive « *dite Procédures* » 2013/32/UE du Parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), de la Directive « *dite Accueil* » 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale, du Règlement « *dit Dublin III* » (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), et du Règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales (refonte). Pour aller plus loin: C. BALLEIX (Chargée de la politique européenne d'immigration et d'asile au ministère des Affaires étrangères. Elle a été assesseur du HCR auprès de la Commission des recours des réfugiés, et plus récemment, rapporteur près la Cour nationale du droit d'asile), « *Quelle réforme du régime d'asile européen commun ?* », *Après-demain*, 2016/3 (N° 39, NF), p. 22-24. URL : <http://www.cairn.info/revue-apres-demain-2016-3-page-22.htm>; CNCDDH, « *Avis sur le régime d'asile européen commun* », (Assemblée plénière – 28 novembre 2013), URL: http://www.cncdh.fr/sites/default/files/avis_asile_cncdh_28112013.pdf; J. PETIN (Docteur en droit public au CDRE, juriste près la CNDA), « *La protection subsidiaire devant la Cour de justice : un concept autonome du droit de l'Union européenne* », GDR ELSJ, 11 février 2014,

D'ailleurs, il doit en être ainsi si l'on souhaite baisser la pression exercée par la crise des réfugiés aux frontières sud de la Méditerranée.

Concernant le Règlement (UE) 2016/1524 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes⁶⁸⁸, l'imprécision l'emporte également lorsqu'il s'agit d'assurer l'effectivité du principe de non-refoulement dans les opérations extraterritoriales, où les forces européennes doivent intervenir sur le territoire des Pays tiers. En effet, il ressort du point 1 de l'article 54 que « l'Agence et les États membres respectent le droit de l'Union, notamment les normes et les critères qui font partie de l'acquis de l'Union, y compris lorsque la coopération avec des pays tiers a lieu sur le territoire de ces pays »⁶⁸⁹. Combinées à l'article 34 de ce même Règlement, les opérations extraterritoriales devront assurer le respect de la CDFUE et du droit international des réfugiés⁶⁹⁰, en tenant compte de la vulnérabilité des personnes susceptibles d'être interceptées⁶⁹¹. Toutefois, aucune disposition ne permet de connaître la manière dont les institutions ont entendu rendre effective la protection des droits fondamentaux et du principe de non-refoulement.

⁶⁸⁸ Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil, JOUE L.251/1, 16.9.2016.

⁶⁸⁹ « Dans les domaines qui relèvent de ses activités, et dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses missions, l'Agence facilite et encourage la coopération technique et opérationnelle entre les États membres et les pays tiers, dans le cadre de la politique de l'Union en matière de relations extérieures, y compris en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux et le principe de non-refoulement. L'Agence et les États membres respectent le droit de l'Union, notamment les normes et les critères qui font partie de l'acquis de l'Union, y compris lorsque la coopération avec des pays tiers a lieu sur le territoire de ces pays. La mise en place d'une coopération avec les pays tiers permet de promouvoir des normes européennes en matière de gestion des frontières et de retour. », point 1 de l'article 54 du Règlement (UE) 2016/1624 précité.

⁶⁹⁰ 1. Le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes garantit la protection des droits fondamentaux dans l'exécution de ses missions au titre du présent règlement, conformément aux dispositions pertinentes du droit de l'Union, en particulier la Charte, du droit international, y compris la convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son protocole de 1967 et les obligations relatives à l'accès à la protection internationale, en particulier le principe de non-refoulement. À cet effet, l'Agence élabore, développe et met en œuvre une stratégie en matière de droits fondamentaux qui comprend un mécanisme efficace de contrôle du respect des droits fondamentaux dans toutes ses activités. », point 1 de l'article 34 du Règlement (UE) 2016/1624 précité.

⁶⁹¹ « Dans l'exécution de ses missions, le corps européen de garde-frontières et de garde-côtes tient compte des besoins spécifiques des enfants, des mineurs non accompagnés, des personnes handicapées, des victimes de la traite des êtres humains, des personnes nécessitant une assistance médicale, des personnes nécessitant une protection internationale, des personnes en détresse en mer et d'autres personnes se trouvant dans une situation de vulnérabilité particulière. », point 3 de l'article 34 du Règlement (UE) 2016/1624 précité.

À l'instar du Règlement établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures⁶⁹², le HCR n'a pas autorité sur le régime de la protection internationale lorsque la coopération a lieu sur le territoire des Pays tiers, alors que l'intégralité de la politique commune en matière d'asile est fondée « sur l'application intégrale et globale de la convention de Genève et l'assurance que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté »⁶⁹³. Peut-être le législateur n'avait-il pas d'autre solution satisfaisante à proposer que la simple consécration formelle du respect du droit international des réfugiés et des droits de l'homme. Il n'empêche que le principe de non-refoulement nécessite de la part des institutions et des États, davantage de rigueur pour s'assurer que nul ne subira des mauvais traitements du fait de son appartenance à un groupe social ⁶⁹⁴.

À cet égard, le modèle d'accord de la Commission sur le statut des actions menées sur le territoire de pays tiers, est particulièrement éclairant⁶⁹⁵. Tenant son autorité du point 5 de l'article 54 du Règlement⁶⁹⁶, ce modèle d'accord organise la coopération opérationnelle entre les forces de police des EM placées sous la responsabilité de l'Agence et celles du Pays tiers hôte ; l'intérêt étant que cet accord puisse donner une couverture fonctionnelle à l'exercice de la contrainte des unités de police européennes sur le territoire d'un autre État⁶⁹⁷.

⁶⁹² Règlement (UE) n°656/2014 précité.

⁶⁹³ CJUE, 2 mars 2010, aff. jointes C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Salahadin Abdulla e.a.*, point 53; 17 juin 2010, aff. C-31/09, *Bolbol*, point 38; 21 décembre 2011, aff. jointes jointes C-411/10 et C-493/10, *N. S. et M.E.*, point 75.

⁶⁹⁴ HCR, « *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* », HCR/1P/4/FRE/REV.3, réédité décembre 2011, §§ 77–79; HCR, « *Principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au groupe social dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés* », HCR/GIP/02/02/REV.1, 8 juillet 2008.

⁶⁹⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Modèle d'accord sur le statut, tel que visé à l'article 54, paragraphe 5, du règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes*, 22.11.2016, COM(2016) 747 final.

⁶⁹⁶ « *La Commission élabore un modèle d'accord sur le statut pour les actions menées sur le territoire de pays tiers.* », point 5 de l'article 54 du Règlement (UE) n°656/2014 précité.

⁶⁹⁷ « *1. Le présent accord couvre tous les aspects nécessaires à l'exécution des actions menées par l'agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes sur le territoire de [pays tiers] dans le cadre desquelles ses membres sont dotés de pouvoirs exécutifs.* », Annexe à la Communication COM(2016) 747 final, point 1 de l'article premier du modèle d'accord sur le statut précité.

L'intérêt est donc majeur si l'on se réfère au principe de non intervention en droit international. Selon ASCENSIO, « le principe de non-intervention limite l'exercice extraterritorial des compétences étatiques. Il coïncide parfaitement avec le précédent en ce qu'il interdit les actes de contrainte exercés par un État sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier »⁶⁹⁸. En l'espèce, cet arrangement vaut accord du Pays tiers qui, par son consentement, s'engage à donner autorité aux membres des équipes européennes « pour accomplir toutes les tâches et exercer toutes les compétences exécutives pour le contrôle aux frontières et les opérations de retour »⁶⁹⁹. Il consiste en des vérifications aux frontières et en une surveillance des frontières⁷⁰⁰, tandis que les opérations de retour concernent le renvoi des personnes faisant l'objet d'une obligation de retour dans leur pays d'origine, dans un pays de transit ou dans tout autre État où elles seraient légalement admissibles⁷⁰¹.

D'un point de vue opérationnel, il est attendu des forces européennes qu'elles puissent interpellier, retenir, auditionner, et renvoyer les étrangers mais, aussi étrange que cela puisse paraître, le statut confère aux seules autorités du Pays tiers le monopole de la direction du plan opérationnel, déposant ainsi les membres des forces européennes du pouvoir décisionnel. Résignées au rang d'acteurs supplétifs des autorités du Pays tiers, les forces européennes devront agir « sur les instructions

⁶⁹⁸ « *Le principe de non-intervention limite l'exercice extraterritorial des compétences étatiques. Il coïncide parfaitement avec le précédent en ce qu'il interdit les actes de contrainte exercés par un État sur le territoire d'un autre État sans le consentement de ce dernier.* », H. ASCENSIO (Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université de Paris 1), « *Etude: l'extraterritorialité comme instrument* », 10 décembre 2010, contribution à la discussion initiée par le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et les entreprises transnationales et autres entreprises, John Ruggie. Sur le principe du point de vue du juge international: *Affaire du Déroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949: C.I.J Recueil 1949, pp. 27-32.

⁶⁹⁹ « *Les membres de l'équipe ont autorité pour accomplir toutes les tâches et exercer toutes les compétences exécutives pour le contrôle aux frontières et les opérations de retour.* », Annexe à la Communication COM(2016) 747 final, point 1 de l'article 4 du modèle d'accord sur le statut précité.

⁷⁰⁰ Le contrôle aux frontières se définit comme « *les activités effectuées aux frontières, conformément au présent règlement et aux fins de celui-ci, en réponse exclusivement à l'intention de franchir une frontière ou à son franchissement indépendamment de toute autre considération, consistant en des vérifications aux frontières et en une surveillance des frontières* », article 2, point 10) du Règlement (UE) 2016/399 (Code Frontières Schengen).

⁷⁰¹ Une opération de retour est « *coordonnée par l'Agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes et implique l'apport d'un renfort technique et opérationnel par un ou plusieurs États membres, dans le cadre de laquelle des personnes faisant l'objet d'une décision de retour au départ d'un ou plusieurs États membres sont renvoyées, volontairement ou en y étant forcées.* », article 2, point 14) du Règlement (UE) 2016/1624 précité.

et, en règle générale, en présence de garde-frontières ou d'agents de [pays tiers] »⁷⁰². Par conséquent, l'ensemble des opérations de contrôles aux frontières et de retour, seraient-elles soumises aux lois et règlements du Pays tiers? Sur l'emploi de la force, il semblerait que oui, sachant qu'il ressort de l'article 4 du statut que « les membres de l'équipe sont autorisés à employer la force, y compris les armes de service, les munitions et les équipements, avec le consentement de l'État membre d'origine et du [pays tiers], en présence de garde-frontières du [pays tiers] et conformément au droit national de celui-ci.»⁷⁰³. Partant de ce postulat, l'exercice de la violence légitime échappe aux États et aux Constitutions nationales, pour devenir un moyen spécifique de l'Agence et de la Commission au service du Pays tiers⁷⁰⁴. Or, la violence légitime est un moyen spécifique de l'État en tant que personne morale de droit public, et non un moyen de l'exécutif d'une organisation internationale - la Commission - ou d'un organisme institué - l'Agence.

Qui plus est, elle ne se délègue pas. Par conséquent, cette imprudence rédactionnelle de la Commission, altère de façon significative le Code européen d'éthique de la police, en omettant de signaler d'un côté que le recours à la force devra être, y compris sur le territoire de l'État hôte, nécessaire

⁷⁰² « Les membres de l'équipe ne peuvent accomplir des missions et exercer des compétences sur le territoire de [pays tiers] que sur les instructions et, en règle générale, en présence de garde-frontières ou d'agents de [pays tiers]. Le [pays tiers] donne des instructions à l'équipe conformément au plan opérationnel, le cas échéant. Le [pays tiers] peut autoriser les membres de l'équipe à agir en son nom. L'Agence, par l'intermédiaire de son officier de coordination, peut communiquer au [pays tiers] sa position concernant les instructions données à l'équipe. Dans ce cas, le [pays tiers] prend cette position en considération et s'y conforme dans la mesure du possible. », Annexe à la Communication COM(2016) 747 final, point 2 de l'article 4 du modèle d'accord sur le statut précité.

⁷⁰³ « Les membres de l'équipe sont autorisés à employer la force, y compris les armes de service, les munitions et les équipements, avec le consentement de l'État membre d'origine et du [pays tiers], en présence de garde-frontières du [pays tiers] et conformément au droit national de celui-ci. ». Cependant, « le [pays tiers] peut autoriser les membres de l'équipe à employer la force en l'absence de garde-frontières ou d'autres agents compétents du [pays tiers] ». Annexe à la Communication COM(2016) 747 final, point 6 de l'article 4 du modèle d'accord sur le statut précité. Nous pouvons nous interroger sur l'intérêt de cette deuxième mesure si, juste avant, l'usage de la force est conditionnée par la présence des forces du Pays hôte.

⁷⁰⁴ La violence légitime est un moyen spécifique de l'État en tant que personne morale de droit public, et non un moyen d'une organisation internationale ou d'un organisme institué par cette même organisation. Elle ne se délègue pas non plus.

pour atteindre un objectif légitime⁷⁰⁵ puis, qu'il reviendra à ces mêmes membres des forces de l'ordre de « systématiquement vérifier la légalité des opérations qu'[ils] se propose[nt] de mener »⁷⁰⁶. Si l'on prend le cas des membres de la Garde civile, ils ne seraient plus soumis aux principes de congruence, d'opportunité et de proportionnalité au titre de la loi 2/1986⁷⁰⁷. C'est pour ces mêmes motifs qu'une difficulté subsiste quant à la garantie du principe de non-refoulement, sachant que tous les aspects nécessaires à l'exécution des actions menées par les forces européennes relèvent purement et simplement des lois et règlements des États partenaires, dont la tradition juridique ne permet pas aujourd'hui d'assurer la prééminence du droit international des réfugiés et des droits de l'homme. Bien que l'article 8 exprime une volonté certaine de la Commission d'assurer un certain formalisme quant à l'interdiction du refoulement dans l'exécution des actions menées sur le territoire des Pays tiers⁷⁰⁸, il apparaît difficile d'en assurer l'opérativité.

⁷⁰⁵ « *La police ne peut recourir à la force qu'en cas de nécessité absolue et uniquement pour atteindre un objectif légitime.* », Recommandation Rec(2001)10 du Comité des Ministres aux États membres sur le Code européen d'éthique de la police (adoptée par le Comité des Ministres, le 19 septembre 2001, lors de la 765^e réunion des Délégués des Ministres), point 37.

⁷⁰⁶ « *La police doit systématiquement vérifier la légalité des opérations qu'elle se propose de mener.* », Point 38 de la Recommandation précitée.

⁷⁰⁷ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Article 5.2 c).

⁷⁰⁸ « *Dans l'accomplissement de leurs missions et l'exercice de leurs compétences, les membres de l'équipe respectent pleinement les droits fondamentaux, y compris en ce qui concerne l'accès aux procédures d'asile, la dignité humaine, l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants, le droit à la liberté, le principe de non-refoulement et l'interdiction des expulsions collectives, les droits de l'enfant et le droit au respect de la vie privée et familiale. Dans l'accomplissement de leurs missions et l'exercice de leurs compétences, ils s'abstiennent de toute discrimination arbitraire à l'encontre de personnes pour quelque motif que ce soit, y compris le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Toutes les mesures prises dans l'accomplissement de leurs missions et l'exercice de leurs compétences sont proportionnées aux objectifs poursuivis par de telles mesures et respectent l'essence de ces droits fondamentaux et de ces libertés.* », Annexe à la Communication COM(2016) 747 final, point 1 de l'article 8 du modèle d'accord sur le statut précité.

B. Une pratique illégale mais ancrée

Selon le point 1 de l'article 8 du modèle d'accord, les actions menées par les forces de police doivent être proportionnées⁷⁰⁹ aux objectifs poursuivis par la coopération, puis respecter les droits fondamentaux dans l'exécution de leurs missions⁷¹⁰. Ainsi, les unités participantes doivent tenir compte de la situation générale du Pays où aura lieu le débarquement ou la remise, pour s'assurer que l'individu ne sera pas menacé ou persécuté pour des raisons liées à son sexe, sa race ou origine ethnique, sa religion ou ses convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ou l'identité de genre⁷¹¹. Pour ce faire, l'idée d'une procédure-type applicable à toutes les opérations extraterritoriales serait essentielle pour bénéficier d'un *modus operandi* commun à toutes les unités participantes dès lors qu'elles interviennent sur le terrain.

Par exemple, comment évaluer la vulnérabilité des personnes déplacées? Comment procéder à leur identification lorsqu'il s'agit d'une opération en mer? Quels critères utilisés pour s'assurer que telle personne ne sera pas soumise à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants, si le débarquement a lieu à la frontière terrestre du Pays partenaire? Comment s'assurer du sort des exilés ressortissants du Pays partenaire interceptés par une unité conjointe dans les eaux intérieures de ce même pays⁷¹²? Nombreuses sont les situations qui mériteraient d'être envisagées par le modèle

⁷⁰⁹ Voir note de bas de page précédente.

⁷¹⁰ Cf. Règlement (UE) 2016/1624, art. 34.

⁷¹¹ Ces termes sont une reprise des motifs tirés du point 1 de l'article 8 du modèle d'accord précité. Selon le point 2 de l'article 4 du Règlement (UE) n° 656/2014, « lorsqu'il envisage la possibilité d'un débarquement dans un pays tiers, dans le cadre de la planification d'une opération en mer, l'État membre d'accueil, en coordination avec les États membres participants et l'Agence, tient compte de la situation générale dans ce pays tiers. L'évaluation de la situation générale dans un pays tiers s'appuie sur des informations provenant d'un large éventail de sources, qui peuvent comprendre d'autres États membres, des organes et organismes de l'Union, et les organisations internationales compétentes, et elle peut tenir compte de l'existence d'accords et de projets en matière de migration et d'asile mis en œuvre conformément au droit de l'Union et par l'intermédiaire des fonds de l'Union. Cette évaluation fait partie du plan opérationnel, est transmise aux unités participantes et est actualisée si nécessaire ».

⁷¹² Cf. partie 1, Titre 2, Chap.1, Sect.1, §2, B. L'interception d'un exilé mauritanien, dans les eaux intérieures mauritaniennes par une unité composée de policiers européens et mauritaniens, peut poser problème lorsqu'il s'agit d'assurer qu'il ne sera pas soumis à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant à l'issue de son débarquement.

d'accord, afin de s'assurer que nul ne sera renvoyé là ou il craint pour sa vie. Bien que l'accord fasse office de cadre juridique couvrant « tous les aspects nécessaires à l'exécution des actions menées par l'Agence sur le territoire [du] pays tiers »⁷¹³, aucune disposition ne peut nous renseigner sur la configuration de la coopération opérationnelle entre l'Agence et les Pays tiers, y compris concernant les moyens mis en oeuvre pour empêcher le renvoi sommaire et expéditif des personnes déplacées.

Il ressort de l'article 3 qu'un plan opérationnel - négocié au préalable entre l'Agence et le Pays tiers - doit pouvoir détailler « les aspects organisationnels et procéduraux de l'opération conjointe ou de l'intervention rapide aux frontières (...), les objectifs opérationnels, le concept opérationnel, le type d'équipement technique à déployer, le plan de mise en oeuvre, la coopération avec les autres pays tiers, les autres agences, organismes de l'Union ou organisations internationales, les dispositions en matière de droits fondamentaux, y compris celles qui concernent la protection des données à caractère personnel, la coordination, le commandement, la communication (...) ». Or, n'incombe-t-il pas à la Commission - et non à l'Agence - de préciser ce qui doit faire partie du plan opérationnel pour s'assurer que la coopération envisagée en l'espèce, au titre de l'article 54 §5 du Règlement (UE) n° 2016/1624⁷¹⁴, est bien conforme à l'article 2 TUE ? Sachant que les interceptions ont lieu sur le territoire des Pays tiers, dont le système juridique ne permet pas d'assurer le plein respect du principe de non-refoulement, ne serait-il pas judicieux de revenir sur le détail du

⁷¹³ « *Le présent accord couvre tous les aspects nécessaires à l'exécution des actions menées par l'agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes sur le territoire de [pays tiers] dans le cadre desquelles ses membres sont dotés de pouvoirs exécutifs.* », point 1 de l'article premier du modèle d'accord précité.

⁷¹⁴ Le modèle d'accord tient son fondement du §5 de l'article 54 du Règlement précité, selon lequel « *la Commission élabore un modèle d'accord sur le statut pour les actions menées sur le territoire de pays tiers.* »

plan opérationnel, pour encourager la coopération y compris en ce qui concerne la protection du principe de non-refoulement, conformément aux dispositions de l'article 21 TUE⁷¹⁵?

Ce sont pour ces mêmes raisons que le modèle d'accord tel que rédigé par la Commission, ouvre au refoulement des exilés s'il ne permet pas d'assurer une protection efficace du droit international des réfugiés et des droits de l'homme. L'approche opérationnelle du principe de non-refoulement induit, de la part des autorités qui doivent en assurer le plein respect y compris sur le territoire du Pays tiers, que chacun sera assuré d'être débarqué là où il n'existe pas de menace pour sa vie. C'est une obligation erga omnes qui ne peut faire l'objet d'aucune dérogation. Sachant que les Pays tiers de la corne ouest de l'Afrique ont été identifiés comme réservés quant à la question des réfugiés, leurs lois et règlements ne sont pas un socle suffisant pour que leurs unités puissent garantir le plein respect du principe de non-refoulement.

Concernant le droit de l'Union, sa portée est limitée aux seuls territoires des États membres et aux seuls agents européens. Partant, comment assurer l'opérativité du principe? Le HCR est la seule autorité qui puisse régenter la gestion intégrée des frontières extérieures, en assurant une place concrète et non factice au droit international des réfugiés, lorsque l'État oublie que « devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ». Effectivement, les pouvoirs publics sont les garants de ce que YEPES considère comme « l'une des prérogatives essentielles de la personne humaine »⁷¹⁶. Mais sous les seules auspices du HCR.

⁷¹⁵ D'après l'article 21 TUE, « *L'action de l'Union sur la scène internationale repose sur (...) la démocratie, l'État de droit, l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le respect de la dignité humaine, les principes d'égalité et de solidarité et le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international* », et que l'UE « *définit et mène des politiques communes et des actions et œuvre pour assurer un haut degré de coopération dans tous les domaines des relations internationales afin: b) de consolider et de soutenir la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme et les principes du droit international* ».

⁷¹⁶ CIJ, Affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou), arrêts des 20 et 27 novembre 1950, Volume II, Procédure orale.- Documents.- Correspondances, Annexe aux procès-verbaux, 1. *Plaidoirie de Monsieur le Professeur J.M. YEPES (Agent du Gouvernement de la Colombie)*, p.19 *in fine*.

Le principe de non-refoulement s'oppose à ce qu'un individu socialement déterminé, soit éloigné là où il existe une menace pour sa vie. Rempart contre l'oppression, à savoir celle qui altère l'intégrité physique et mentale des êtres humains, le droit à la vie et à la dignité font partie de ces vérités que CHAMPEIL DESPLATS qualifient d'« éternelles », ou d'« évidentes par elles-mêmes »⁷¹⁷. C'est pourquoi le HCR doit s'associer aux politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, pour remédier aux entorses faites à l'universalité du droit d'asile et du principe de non-refoulement dès lorsque l'État engage sa loi et son règlement sur le terrain des articles 1 et 33.1 de la Convention de Genève. Toutefois, une difficulté persiste concernant les victimes de persécution interceptés par la police du pays dont ils sont originaires.

Prenons le cas d'une opération de surveillance menée par une équipe policière hispano-mauritanienne⁷¹⁸ dans les eaux intérieures de la Mauritanie. Durant l'opération, les forces de police conjointe interceptent un bateau de fortune, avec à son bord plusieurs Mauritaniens qui se diri-

⁷¹⁷ « Les droits et libertés, appelés « droits de l'homme » ou « droits du citoyen » sont destinés à prolonger dans la société civile des droits dont les hommes étaient supposés jouir à l'état de nature. Ils visent à préserver « une sphère de libertés naturelles » au sein de la société civile. Conçus comme des vérités parfois qualifiées d'« éternelles », ou d'« évidentes par elles-mêmes » ces droits et libertés sont érigés au rang de principes axiomatiques extérieurs et supérieurs à l'État. Ils doivent être à la base à toute constitution ayant vocation à organiser ses pouvoirs. Ils sont le but de toute « association politique » ou, comme le disait aussi E. Sieyès, l'objet de toute union sociale : « Toute union sociale, et par conséquent, toute constitution politique, ne peut avoir pour objet que de manifester, d'étendre et d'assurer, les droits de l'homme et du citoyen », V. CHAMPEIL DESPLATS (Professeure de droit public à l'Université Université Paris Ouest Nanterre la Défense), « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum*, n° 8 [<http://juspoliticum.com/article/La-theorie-generale-de-l-Etat-est-aussi-une-theorie-des-libertes-fondamentales-537.html>]

⁷¹⁸ « Cette coopération, pour laquelle 29 gardes civiles patrouillent aux côtés de la Garde côtière mauritanienne, a commencé après ce que l'on a appelé la 'crisis de los cayucos' de 2006, une année où 36 000 personnes sont arrivées par mer près des côtes des Canaries depuis celles de la Mauritanie pour atteindre le chiffre zéro en 2014 », traduction personnelle d'un extrait tiré de l'article de presse « *Dastis viaja a Mauritania para resaltar la cooperación contra la inmigración ilegal* », ABC Canarias, 31/05/2017. D'ailleurs, l'article rappelle que la Mauritanie est devenu un pays d'accueil pour réfugiés qui fuient le Mali, dont le nombre d'accueilli s'élève à 60 000 dans le camp de Mbera. La présence extraterritoriale de la Garde civile en Mauritanie est donc stratégique, pour empêcher le départ des exilés par voie maritime, vers le territoire insulaire des Canaries; « *Le ministre des Affaires étrangères a également transmis à son homologue mauritanien le soutien de l'Espagne et de l'UE au G-5, organisation des Pays du Sahel dont le siège est à Nouakchott (...). Sous la direction d'un Colonel de la Garde civile, il prévoit la création d'unités pour le contrôle des frontières via le Fonds fiduciaire de l'UE pour l'émigration* », traduction personnelle d'un extrait tiré de l'article de presse « *Dastis agradece a Mauritania su "valiosa" cooperación en materia migratoria y de lucha antiterrorista* », *el-diario.es*, 01/06/2017.

geaient vers les côtes espagnoles pour y trouver refuge⁷¹⁹. Il est donc question de l'interpellation de ressortissants mauritaniens par les forces de l'ordre composées pour moitié d'agents mauritaniens. Sachant qu'ils n'ont toujours pas quitté leur pays d'origine, la Convention de Genève ne leur est pas applicable⁷²⁰. Cependant, l'Espagne est un État partie à la DUDH⁷²¹ et donc, garante du caractère absolu des droits garantis aux articles 3⁷²², 5⁷²³ et 14⁷²⁴. Sa responsabilité est engagée⁷²⁵, au même titre que celle de la Mauritanie⁷²⁶, si les pouvoirs publics exposent les personnes à un risque de mauvais traitements prohibés par le droit international des droits de l'homme. Mais dans les faits? Premièrement, le débarquement des Mauritaniens aux îles Canaries ne semble pas envisageable, dès lors que l'interception a eu lieu dans les eaux intérieures mauritaniennes, c'est-à-dire à une distance particulièrement éloignée du territoire espagnol, et que les forces conjointes agissent sous l'autorité des forces du Pays hôte. Dès lors, la Mauritanie sera le pays de débarquement et ce, conformément à l'objectif d'endigement des départs de migrants depuis la Mauritanie, en direction des côtes européennes.

⁷¹⁹ Prenons le cas des opérations présentées par FRONTEX dans ses rapports d'analyse des années 2011 et 2013 concernant les contrôles organisés en Méditerranée par l'Agence, l'Espagne et la Mauritanie. Cf. note de bas de page n°405.

⁷²⁰ Les dispositions de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, sont exclusivement applicables à une personne « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* », parce qu'elle « *se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays* ». Tel est le sens de l'article premier (2) de la Convention.

⁷²¹ Cf. note de bas de page n°227.

⁷²² « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* », article 3 de la DUDH.

⁷²³ « *Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.* », article 5 de la DUDH.

⁷²⁴ « *Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.* », point 1 de l'article 14 de la DUDH.

⁷²⁵ Ainsi que celle de l'UE sachant que la planification de l'opération est supervisée par l'Agence.

⁷²⁶ Selon la Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples, la Mauritanie a également ratifié la Convention contre la torture le 17 novembre 2004 (<http://www.achpr.org/fr/states/mauritania/ratifications/?s=signature>). Deux réserves à la Convention ont été émises concernant les articles 20 et 30 alinéa 1 (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_fr#EndDec).

Deuxièmement, comme nous l'avons vu, nous ne pouvons pas opposer le caractère irrégulier du départ de ces ressortissants mauritaniens, sachant qu'ils n'ont toujours pas quitté leur pays d'origine⁷²⁷. Partant, la configuration de l'opération de terrain, favorise le débarquement expéditif des Mauritaniens, parce que leur assimilation à des migrants irréguliers entraîne l'exécution immédiate de l'obligation de retour, au détriment des obligations de protection au titre de la DUDH⁷²⁸ et du PIDCP⁷²⁹. Or, la protection des droits de l'homme ne le permet pas.

Troisièmement, l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 interdit dans un premier point, l'expulsion, le refoulement et l'extradition d'une personne vers un État « où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture »⁷³⁰. Le point 2 de ce même article 3 dispose que « les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives »⁷³¹. D'abord, il apparaît incongru d'opposer cette obligations aux autorités mauritaniennes sachant que leurs ressortissants se trouvent encore en Mauritanie, et placés sous juridiction mauritanienne⁷³². Quant aux forces espagnoles, l'affaire est toute autre. En effet, la Garde civile est liée par cette même obligation, et contrainte de ne pas autoriser, ni même participer

⁷²⁷ Cf. Partie 1, Titre 2, Chap.2, Sec.1, II, A.

⁷²⁸ Il s'agit notamment du droit à la vie, à la liberté et à la sûreté, du droit à ne pas être soumis à la torture et à des traitements inhumains et dégradants, du droit de quitter un pays y compris le sien pour y demander l'asile (articles précités: 3,5, et 14 de la DUDH).

⁷²⁹ Il s'agit notamment des articles 6 (droit à la vie, à la liberté et à la sûreté), 7 (droit à ne pas être soumis à la torture et à des traitements inhumains et dégradants), et 12 (droit de quitter un pays y compris le sien) du PIDCP.

⁷³⁰ « *Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.* », Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, point 1 de l'article 3.

⁷³¹ « *Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives.* », Convention précitée, point 2 de l'article 3.

⁷³² Par contre, elles ne sont pas dispensées d'assurer l'effectivité du droit à la vie, à la liberté et à la sûreté, du droit à ne pas être soumis à la torture et à des traitements inhumains et dégradants au titre de la DUDH et du PIDCP précités.

au débarquement des ressortissants mauritaniens s'il existe des motifs sérieux de croire qu'ils encourrent un risque réel d'être soumises à la torture ou à un traitement inhumains ou dégradants, dès leur débarquement près des côtes mauritaniennes.

Pour prévenir du refoulement, les autorités espagnoles devraient - a minima - suivre une méthode consistant à interdire tout débarquement, sans avoir au préalable identifié toutes les personnes interceptées ou secourues, évaluer la situation personnelle et la vulnérabilité de chaque individu sur la base de l'outil pratique du BEAA permettant d'identifier les personnes ayant des besoins particuliers, puis leur offrir la possibilité d'expliquer les raisons pour lesquelles le débarquement en Mauritanie serait contraire au principe de non-refoulement. Si tel est le cas, les Mauritaniens interceptés doivent être mis en lieu sûr à terre, pour éviter qu'ils encourrent un risque de mauvais traitements dès leurs arrivée à quai. Cependant, selon l'organisation Espoir d'asile, les Mauritaniens demandent l'asile pour des motifs de persécutions fondées sur la race (cas des négro-mauritaniens, de l'esclavage des Haratines, descendants des noirs asservis depuis plusieurs générations au service des Maures blancs), et la religion (la Mauritanie est le 23ème État où les chrétiens sont le plus persécutés, selon l'Index Mondial de Persécution 2013)⁷³³. Dès lors, une question subsiste. Qui mieux qu'une autorité indépendante, comme le HCR, pour superviser le débarquement puis la mise à l'abri des Mauritaniens privés de leur droit de quitter leur propre pays? Vu la configuration des mécanismes de contrôle et de gestion extraterritoriale des frontières, l'intervention du HCR est inévitable au titre des obligations de protection qui découlent de son propre statut⁷³⁴, pour assurer aux ressortissants mauritaniens qu'ils seront protégés contre toute forme d'asservissement du fait de leur race,

⁷³³ Pour plus de détails concernant ces données: <http://www.espoirdasile.org/artc/Mauritanie/245/fr/article/>

⁷³⁴ « Le Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés agissant sous l'autorité de l'Assemblée générale, assume les fonctions de protection internationale, sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, en ce qui concerne les réfugiés qui entrent dans le cadre du présent statut, et de recherche des solutions permanentes au problème des réfugiés, en aidant les gouvernements, et, sous réserve de l'approbation des gouvernements intéressés, les organisations privées, à faciliter le rapatriement librement consenti de ces réfugiés ou leur assimilation dans de nouvelles communautés nationales. Dans l'exercice de ses fonctions, et en particulier en cas de difficulté, notamment s'il s'agit de contestations relatives au statut international de ces personnes, le Haut Commissaire prend l'avis du Comité consultatif pour les réfugiés, si celui-ci est créé. », point 1 du statut du HCR précité.

leur religion, leur nationalité, leur appartenance à un certain groupe social ou de leurs opinions politiques.

Prenons le cas maintenant d'une opération de surveillance menée dans les eaux intérieures de la Mauritanie. Durant l'opération, les forces de police hispano-marocaines conjointes interceptent un bateau de fortune, avec à son bord plusieurs exilés de nationalité étrangère qui se dirigeaient vers les côtes espagnoles pour y trouver refuge. Sachant qu'ils se trouvent hors du pays dont ils ont la nationalité, la Convention de Genève leur est directement applicable⁷³⁵. Par conséquent, les forces espagnoles et mauritaniennes ont l'obligation de s'assurer que nul ne sera renvoyé là il existe une menace pour sa vie lorsqu'il sera débarqué sur le territoire terrestre de la Mauritanie. Cependant, le droit mauritanien ne fait état d'aucun texte de loi régissant le droit d'asile, démontrant une certaine réserve quant à la problématique des réfugiés.

Dès lors, qu'en est-il du principe de non-refoulement si aucune règle de droit n'en garantit le plein respect? Selon l'Association Mauritanienne des Droits de l'Homme (AMDH), « si l'État [mauritanien] collabore avec le UNHCR depuis 2008 pour édicter un système national d'asile, aucune disposition n'a été soumise à un vote du Parlement à l'heure actuelle. Dès lors, le UNHCR est en charge d'examiner les demandes d'asile dans le pays, avec son partenaire, l'Association de Lutte contre la Pauvreté et le sous Développement (ALPD) »⁷³⁶. Par conséquent, les étrangers débarqués peuvent être arrêtés puis refoulés de façon arbitraire et expéditive à la frontière de leur pays d'ori-

⁷³⁵ Les dispositions de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, sont exclusivement applicables à une personne « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* », parce qu'elle « *se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays* ». Tel est le sens de l'article premier (2) de la Convention.

⁷³⁶ AMDH, « *Application du droit d'asile et du droit international des réfugiés en Mauritanie: avancées et échecs* », Document de travail par E. TESSON (juriste spécialisée dans la protection des droits fondamentaux), juillet 2016, Nouakchott, Mauritanie, p.9; UNHCR, « *Soumission du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés, pour le Bureau du Haut Commissaire aux Droits de l'Homme* », Compilation des rapports pour l'EPU de la Mauritanie, mars 2015, p. 3.

gine⁷³⁷, alors que les articles 33 de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés⁷³⁸ et 14 de la DUDH⁷³⁹ interdisent que les États parties à ces instruments soient initiateurs de pratiques contraires au premier paragraphe de l'article 7 du PIDCP⁷⁴⁰. D'ailleurs, si l'on s'en remet aux termes du Secrétaire général de l'AMDH, la pratique du refoulement est une réalité manifestement évidente. Selon MBOW, « ces refoulements sont menés dans des conditions assez obscures et de façon spontanée. Rien n'est dit, officiellement, pour aider les personnes concernées à se préparer ou leur donner la possibilité de se mettre en règle. C'est pourtant une formalité à laquelle on ne peut pas déroger. »⁷⁴¹. Selon SARR, chef d'antenne de cette même association à Rosso⁷⁴², « les migrants sont conduits au commissariat, parqués puis refoulés. Du point de vue administratif, rien ne justifie

⁷³⁷ Prenons le cas des réfugiés maliens qui forment aujourd'hui la plus grande communauté protégée par le HCR en Mauritanie. Dans son appel global 2014-2015, « *le HCR et ses partenaires maintiendront leur présence à Bassikounou/Mbera pour gérer la réponse humanitaire au bénéfice d'environ 60 000 réfugiés maliens dans le camp de Mbera* » (en ligne sur: <http://www.unhcr.org/fr/52bbeacdb.pdf>). Par conséquent, le refoulement de Maliens à la frontière mauritanomaliennne est tout à fait envisageable.

⁷³⁸ « *Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.* », point 1 de l'article 33 de la Convention de Genève précitée.

⁷³⁹ « *Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.* », point 1 de l'article 14 de la DUDH précitée.

⁷⁴⁰ « *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.* », premier paragraphe de l'article 7 du PIDCP.

⁷⁴¹ M. THIAM en collaboration avec l'Institut Panos Afrique de l'Ouest, « *Expulsions à la pelle de clandestins et vagues d'indignation : Délit de faciès* », lecalame.info, 30 septembre 2016, en ligne sur: <http://lecalame.info/?q=node/4548>. Dans ce même article, l'auteur décrit le traitement inquiétant des étrangers, par les forces de police mauritaniennes. Selon lui, « *ces arrestations suivies d'expulsions suscitent des controverses et une véritable levée de boucliers, au sein de la classe politique et de la société civile mauritanienne. Dans un communiqué de presse intitulé : « Halte aux campagnes de harcèlement des étrangers ! », l'Union des Forces de Progrès (UFP) fait remarquer que « Nouakchott est, périodiquement, le théâtre de harcèlements, quasi-quotidiens, à l'endroit des étrangers négro-africains, menées par les services de sécurité, sous le prétexte de la lutte contre les clandestins. En plus du caractère raciste de ces interventions, leurs victimes subissent, le plus souvent, des traitements arbitraires et dégradants, et sont réduites à l'état de proies faciles, pour les agents de sécurité qui usent de provocations et d'escroqueries, au cours d'arrestations menées dans des conditions dont le moins qu'on puisse dire est qu'elles sont inhumaines. Opérées sans discernement entre résidents et transitaires, elles se font, quelquefois, selon le faciès, ce qui pousse à la confusion entre les étrangers et les négro-africains mauritaniens. Quant à l'obtention de la carte de résidence, c'est un véritable parcours de combattant, parsemé d'embûches infinies* ». Pour aller plus loin: CRIDEM, « *Migration: la Mauritanie "viole" ses conventions avec le Sénégal et le Mali, selon l'AMDH* », 25 novembre 2014, en ligne sur: <http://www.cridem.org/imprimable.php?article=663664> ; F. POWELTON, « *Mauritanie: Refoulement des étrangers* », 9 février 2015, en ligne sur: <http://sahel-intelligence.com/5852-mauritanie-refoulement-des-etrange.html>.

⁷⁴² Rosso est une ville qui se trouve au sud de la Mauritanie, près de la frontière avec le Sénégal.

leur reconduite à la frontière. Les expulsions ne se font pas dans la légalité et ne respectent pas les droits des migrants »⁷⁴³.

La conventionalité des opérations de terrain menées par les forces mauritaniennes, aux côtés de la Garde civile, lorsqu'elles interceptent conjointement puis débarquent les personnes forcées à se déplacer, sans se soucier du traitement qui leur sera réservé dès leur arrivée à quai. À cet égard, le constat du Parlement européen est particulièrement éclairant. Selon lui, la mise en place d'un mécanisme de traitement des plaintes individuelles serait essentielle « face au vide juridique qui entoure le déploiement d'agents de pays tiers pendant les opérations de retour conjointes, comme le souligne le Médiateur européen dans son rapport, et face à l'absence de responsabilité qui prévaudrait donc en cas de violation des droits de l'homme impliquant des agents de pays tiers »⁷⁴⁴.

Conformément au principe 'pacta sunt servanda', ni l'UE ni l'Espagne ne sauraient se soustraire à leurs obligations imposées par le droit international des réfugiés et des droits de l'homme, en se fondant sur des motifs purement fonctionnels découlant des accords ou plans opérationnels relatifs aux contrôles aux frontières. Concernant le refoulement des exilés dans un pays qui ne reconnaît pas le droit des réfugiés, il s'agit d'une violence d'État qui altère de manière irréversible l'intégrité physique et morale des êtres humains. Dans la société démocratique régie par la prééminence du droit, les dommages causés par les forces de police et leur Ministère de tutelle, doivent être sanctionnés, puis réparés.

⁷⁴³ M. THIAM en collaboration avec l'Institut Panos Afrique de l'Ouest, « *Expulsions à la pelle de clandestins et vagues d'indignation : Délit de faciès* », lecalame.info, 30 septembre 2016, en ligne sur: <http://lecalame.info/?q=node/4548>; « *La confusion entre ce qu'est un étranger et un réfugié est tellement ancrée dans les institutions publiques que les réfugiés sont dans une situation de peur permanente d'être expulsé ou détenu sans motif légal. Découle de cette situation alarmante, le non respect de leurs droits.* », AMDH, « *Application du droit d'asile et du droit international des réfugiés en Mauritanie: avancées et échecs* », Document de travail par E. TESSON (juriste spécialisée dans la protection des droits fondamentaux), juillet 2016, Nouakchott, Mauritanie, p.20.

⁷⁴⁴ Rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative relative à Frontex, Résolution du Parlement européen du 2 décembre 2015 sur le rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex (2014/2215(INI)), Parlement européen 2014-2019, p.5.

II. Le caractère relatif du droit à recours effectif pour revendiquer le refoulement

La stratégie extraterritoriale répond à la configuration de la politique d'endigement des flux souhaitée par les institutions de l'UE dès lors qu'elle fait barrage à tous ceux qui souhaitent rejoindre les côtes européennes. Cependant, cette stratégie ne fait aucune différence entre les réfugiés, les demandeurs d'asile potentiels et les personnes malades, ce qui pose un problème de fond certain, dans la mesure où leur débarquement et leur remise peuvent avoir de graves conséquences sur leur vie. Dès lors, comment dénoncer ces pratiques abusives ? Le mécanisme de plainte devant l'Agence⁷⁴⁵ semble répondre à cette ambition⁷⁴⁶. Cependant, son inefficacité (A) et son insuffisance (B) face à la nature irréversible des dommages causés par le refoulement, ne permettent pas de répondre à l'objectif poursuivi, à savoir la protection du principe de non-refoulement et de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants dans les opérations de contrôles en Méditerranée.

⁷⁴⁵ article 72 du Règlement (UE) 2016/1624 précité.

⁷⁴⁶ Les opérations de contrôle en Méditerranée auxquelles l'Espagne est associée, sont en majorité couvertes par l'Agence. Cf. *Report from the Commission, fifth report from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council on the operationalisation of the European Border and Coast Guard*, COM(2017) 467 final, 6.9.2017.

A. L'inefficacité du mécanisme de plainte devant l'Agence

Dès lors qu'un membre du personnel de l'Agence ou du Pays tiers a porté une atteinte grave et illégale aux droits fondamentaux d'un migrant lors d'une opération conjointe, d'une intervention rapide aux frontières ou d'une opération de retour, ce dernier doit être en mesure de faire état de ses allégations aux responsables hiérarchiques des forces de terrain⁷⁴⁷. C'est un droit fondamental reconnu à toutes les personnes interceptées conformément au modèle d'accord de la Commission tel que visé au paragraphe 5 de l'article 54 du Règlement (UE) n°2016/1624⁷⁴⁸. En effet, le mécanisme de traitement des plaintes individuelles donne aux personnes la possibilité d'exercer leur droit à un recours effectif en cas de violation de leurs droits fondamentaux consacrés en droit international des réfugiés ou des droits de l'homme⁷⁴⁹. Tenant son fondement de l'article 263 TFUE⁷⁵⁰, cette modalité de recours est un premier pas vers la transparence des procédures, à partir du moment où les migrants interceptés disposent d'une voie de recours pour dénoncer une pratique, ou un comportement policiers inconvencionnels ou arbitraires lors d'une opération de terrain supervisée par l'Agence.

⁷⁴⁷ « Chaque partie dispose d'un mécanisme de plainte en cas d'allégations concernant une violation des droits fondamentaux commise par son personnel dans l'exercice de ses fonctions officielles au cours d'une opération conjointe, d'une intervention rapide aux frontières ou d'une opération de retour effectuées en vertu du présent accord. », Annexe à la Communication COM(2016) 747 final, point 2 de l'article 8 du modèle d'accord sur le statut précité.

⁷⁴⁸ Le mécanisme de plainte est consacré à l'article 8 du modèle d'accord précité intitulé 'Droits fondamentaux'.

⁷⁴⁹ En effet, le Parlement européen « estime que la mise en place d'un mécanisme de traitement des plaintes individuelles donnerait aux particuliers la possibilité d'exercer leur droit à un recours effectif en cas de violation de leurs droits fondamentaux (...) », Rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative relative à Frontex, Résolution du Parlement européen du 2 décembre 2015 sur le rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex (2014/2215(INI)), Parlement européen 2014-2019, p.7.

⁷⁵⁰ « Les actes créant les organes et organismes de l'Union peuvent prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes de ces organes ou organismes destinés à produire des effets juridiques à leur égard. », paragraphe 5 de l'article 263 TFUE; « Considérant que Frontex, comme toute autre institution et tout autre organe ou organisme de l'Union, doit se conformer dans ses activités à la charte des droits fondamentaux et considérant que cette obligation trouve sa traduction dans l'article 263 du traité FUE, qui dispose que "les actes créant les organes et organismes de l'Union peuvent prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes de ces organes ou organismes destinés à produire des effets juridiques à leur égard; », Rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative relative à Frontex, Résolution du Parlement européen du 2 décembre 2015 sur le rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex (2014/2215(INI)), Parlement européen 2014-2019, p.4.

Selon le Parlement européen, « l'instauration d'un tel mécanisme de traitement des plaintes augmenterait la transparence et le respect des droits fondamentaux, également dans le contexte des accords de travail de Frontex, étant donné que Frontex et les institutions européennes auraient davantage connaissance d'éventuelles violations des droits fondamentaux qui, sinon, risqueraient de n'être ni détectées, ni signalées, ni résolues », et que « ce manque de transparence s'applique en particulier dans le cas des accords de travail de Frontex, qui échappent au contrôle démocratique du Parlement, étant donné qu'il n'y a pas d'obligation de le consulter avant la définition de ces accords et que le Parlement n'est même pas informé de leur mise en œuvre concrète »⁷⁵¹. Par conséquent, ce mécanisme doit être considéré comme une avancée dès lors qu'il s'agit d'assurer la prééminence du droit dans les activités extraterritoriales menées par les membres de l'Agence aux côtés des forces du Pays tiers. D'ailleurs, elle est bien la seule.

Concernant les modalités du mécanisme de plainte dont l'objectif initial est le contrôle du respect des droits fondamentaux dans toutes les activités de l'Agence⁷⁵². Selon le point 2 de ce même article, « toute personne directement touchée par les actions du personnel (...), et qui estime que ces actions ont porté une atteinte à ses droits fondamentaux, (...), peut adresser une plainte, par écrit, à l'Agence »⁷⁵³, dont le recevabilité sera examinée par l'officier aux droits fondamentaux de l'Agence

⁷⁵¹ Rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative relative à Frontex, Résolution du Parlement européen du 2 décembre 2015 sur le rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex (2014/2215(INI)), Parlement européen 2014-2019, p.7.

⁷⁵² « L'Agence, en coopération avec l'officier aux droits fondamentaux, prend les mesures nécessaires pour créer un mécanisme de traitement des plaintes conformément au présent article, afin de contrôler et d'assurer le respect des droits fondamentaux dans toutes les activités de l'Agence. », point 1 de l'article 72 du Règlement (UE) 2016/1624 précité.

⁷⁵³ Le point 2 de l'article 72 du Règlement précité est ainsi rédigé: « Toute personne directement touchée par les actions du personnel participant à une opération conjointe, à un projet pilote, à une intervention rapide aux frontières, au déploiement d'une équipe d'appui à la gestion des flux migratoires, à une opération de retour ou à une intervention en matière de retour, et qui estime que ces actions ont porté atteinte à ses droits fondamentaux, ou toute partie représentant une telle personne, peut adresser une plainte, par écrit, à l'Agence ».

conformément à la procédure d'instruction du Règlement⁷⁵⁴. D'ailleurs, si la plainte est considérée comme recevable⁷⁵⁵, les plaignants seront informés de son enregistrement⁷⁵⁶, et des suites appropriées données par le Directeur exécutif de l'Agence en concertation avec l'Officier aux droits fondamentaux, qu'il s'agisse d'une mise à l'écart de l'agent fautif ou des mesures disciplinaires prises à cet effet par l'État membre concerné⁷⁵⁷.

Malgré la bonne volonté du législateur de l'UE d'ouvrir une voie de recours portant sur la violation des droits fondamentaux des migrants, un certain doute subsiste quant à son opérativité dans les faits puisque la difficulté majeure posée par ce mécanisme est qu'il n'est pas adapté pour répondre efficacement à la question des violations récurrentes au droit international des réfugiés et des droits de l'homme durant les opérations extraterritoriales de l'Agence. La première d'entre elles, le refoulement des migrants.

⁷⁵⁴ « L'officier aux droits fondamentaux est chargé du traitement des plaintes reçues par l'Agence conformément au droit à une bonne administration. À cette fin, il examine la recevabilité de la plainte, enregistre les plaintes recevables, transmet toutes les plaintes enregistrées au directeur exécutif, transmet les plaintes concernant les membres des équipes à l'État membre d'origine, informe l'autorité compétente ou l'organisme compétent en matière de droits fondamentaux de l'État membre, et consigne la suite donnée à la plainte par l'Agence ou par cet État membre, et en assure le suivi. », point 4 de l'article 72 du Règlement précité.

⁷⁵⁵ « Seules les plaintes justifiées concernant des atteintes concrètes aux droits fondamentaux sont recevables. », point 3 de l'article 72 du Règlement précité.

⁷⁵⁶ « Conformément au droit à une bonne administration, si une plainte est recevable, les plaignants sont informés que leur plainte a été enregistrée, qu'une évaluation a été entreprise et qu'une réponse peut être attendue dès qu'elle sera disponible. Si une plainte est transmise à des autorités ou organismes nationaux, leurs coordonnées sont communiquées au plaignant. Si une plainte n'est pas recevable, les plaignants sont informés des motifs du rejet et il leur est présenté d'autres possibilités, le cas échéant, pour répondre à leurs préoccupations. », point 5 de l'article 72 du Règlement précité.

⁷⁵⁷ « Si la plainte enregistrée concerne un membre du personnel de l'Agence, le directeur exécutif lui donne une suite appropriée, en concertation avec l'officier aux droits fondamentaux, y compris des sanctions disciplinaires, si nécessaire. Le directeur exécutif rend compte, dans un délai déterminé, à l'officier aux droits fondamentaux des conclusions et de la suite donnée par l'Agence à une plainte, y compris des mesures disciplinaires si nécessaire. », point 6 de l'article 72 du Règlement précité; Selon le point 7, « Si la plainte enregistrée concerne un garde-frontière d'un État membre hôte ou un membre des équipes, y compris un membre des équipes détaché ou un expert national détaché, l'État membre hôte donne une suite appropriée à la plainte, y compris des sanctions disciplinaires, si nécessaire, ou d'autres mesures conformément au droit national. L'État membre concerné rend compte à l'officier aux droits fondamentaux des conclusions et de la suite donnée à une plainte dans un délai déterminé et, si nécessaire, à intervalles réguliers par la suite. Lorsque l'État membre concerné ne rend pas compte de la suite donnée à la plainte, l'Agence assure le suivi de l'affaire »; Selon le point 8, « S'il est démontré qu'un garde-frontière ou un expert national détaché a violé des droits fondamentaux ou enfreint des obligations en matière de protection internationale, l'Agence peut demander à l'État membre d'écartier immédiatement ce garde-frontière ou cet expert national détaché des activités de l'Agence ou de le retirer de la réserve de réaction rapide ».

Si l'ambition du mécanisme consiste à « contrôler et assurer le respect des droits fondamentaux dans toutes les activités de l'Agence »⁷⁵⁸, le principe de non-refoulement doit être plus à même de prévenir et de réprimer en des termes absolus, les expulsions sommaires et expéditives des exilés sur le territoire de leurs oppresseurs. Le migrant qui souhaite faire état de son refoulement à l'Agence, a déjà été refoulé là où il existe un risque pour sa vie. Selon le point 3 de l'article 72 du Règlement (UE) 2016/1624⁷⁵⁹, il s'agit donc d'une plainte clairement justifiée concernant une atteinte concrète à l'article 33 de la Convention de Genève⁷⁶⁰, 14 de la DUDH⁷⁶¹, 7 du PIDCP⁷⁶², 3 de la ConvEDH⁷⁶³ et 19 de la CDFUE⁷⁶⁴. Par conséquent, la nature purement hiérarchique du mécanisme de plainte tel que visée dans le Règlement - est-elle suffisamment pertinente face à la nature irréversible du dommage causé par le refoulement? Et sur le redressement approprié, pourquoi ce silence⁷⁶⁵?

Le risque de torture ou de mauvais traitements est élevé, soit parce que l'exilé se trouve sur le territoire de ses persécuteurs, ou parce qu'il sera renvoyé par les autorités du Pays par lequel il a transité,

⁷⁵⁸ Règlement précité, art. 72 point 1.

⁷⁵⁹ « *Seules les plaintes justifiées concernant des atteintes concrètes aux droits fondamentaux sont recevables.* », Règlement précité, art. 72, point 3.

⁷⁶⁰ « *Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.* », Convention de Genève sur le statut des réfugiés précitée, art. 33.1.

⁷⁶¹ « *Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.* », DUDH précitée, art.14.1.

⁷⁶² « *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.* », PIDCP, précité, art. 7 § 1.

⁷⁶³ « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.* », ConvEDH, précitée, art. 3.

⁷⁶⁴ « *Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.* », CDFUE précitée, art. 19.2.

⁷⁶⁵ C'est un des principes de la bonne administration consacrée au point de l'article 41 de la CDFUE selon lequel « *Toute personne a droit à la réparation par l'Union des dommages causés par les institutions, ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres* ». Pour aller plus loin: R. BOUSTA (Docteur en droit de l'Université Paris I Sorbonne et Maître de conférences en droit public et en droit comparé à l'Université de Lille), « *Droit des étrangers : mais à quoi sert le droit à une bonne administration ?* », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 12 | 2017, mis en ligne le 06 juillet 2017, consulté le 04 septembre 2017. URL : <http://revdh.revues.org/3216> ; DOI : 10.4000/revdh.3216

chez ses propres bourreaux. L'issue est difficilement audible et acceptable dans la société démocratique, dès lors qu'on prétend garantir le droit à la vie dans le discours⁷⁶⁶, et dans la règle de droit⁷⁶⁷. Concernant le droit à la vie des personnes réfugiées et menacées, il prendra tout son sens dès que la gestion et la surveillance extraterritoriale des frontières les préserveront du refoulement. Nous devons entendre par là tout type de peines privatives de liberté ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants⁷⁶⁸. Dès lors, nous ne pouvons que nous associer aux inquiétudes du Médiateur européen « face au vide juridique qui entoure le déploiement d'agents de pays tiers pendant les opérations de retour conjointes (...), et face à l'absence de responsabilité qui prévaudrait donc en cas de violation des droits de l'homme impliquant des agents de pays tiers ». Prenons le cas des exilés mauritaniens interceptés puis refoulés par les membres du personnel de l'Agence et des gardes-frontières espagnols et mauritaniens, dans les eaux mauritaniennes. Ces individus vulnérables sont débarqués en Mauritanie sans avoir été entendus sur les raisons qui les ont poussées à quitter leur Pays d'origine. Selon BLONDEL, « la vulnérabilité désigne alors la corrélation entre une faiblesse particulière à la personne et la réalisation d'un risque matériel : la personne est dite vulnérable lorsque sa faiblesse particulière diminue ses capacités de résister à une atteinte matérielle spécifique. La notion se défi-

⁷⁶⁶ « La priorité absolue, aujourd'hui, est et doit être de répondre à la crise des réfugiés [...] C'est tout d'abord une question d'humanité et de dignité humaine. Pour l'Europe, c'est aussi une question de justice au regard de l'Histoire », Discours sur l'état de l'Union du Président de la Commission européenne J-C. Juncker, 9 septembre 2015.

⁷⁶⁷ Le droit à la vie est un droit naturel qui fonde le droit international des droits de l'homme . D'ailleurs, le préambule de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, est porteur de cette fondamentalité en « considérant que les États sont tenus, en vertu de la Charte, en particulier de l'Article 55, d'encourager le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Tenant compte de l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui prescrivent tous deux que nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, tenant compte également de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale le 9 décembre 1975, Désireux d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans le monde entier » (Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984 précitée).

⁷⁶⁸ Prenons le cas d'un ressortissant mauritanien engagée politiquement contre le pouvoir en place. Son interception et son retour expéditif en Mauritanie aura des conséquences irréversibles sur son droit à la vie. Il en va d'ailleurs de toutes les personnes interceptés puis remises aux forces mauritaniennes. Jusqu'à preuve du contraire, rien ne permet d'assurer que ces personnes ne seront pas soumises à la torture ou à un traitement inhumain et dégradant de leur arrivée sur le sol mauritanien.

nit ainsi par la corrélation de deux critères permanents : sa faiblesse particulière et le risque qui pèse en conséquence sur elle. Ce sont ces deux éléments qui constituent les composantes matérielles indispensables à la qualification juridique »⁷⁶⁹. En l'espèce, si la Convention de Genève sur le statut des réfugiés n'a pas vocation à s'appliquer⁷⁷⁰, tel n'est pas le cas du droit international des droits de l'homme. En effet, les Mauritaniens demeurent dans cette situation de vulnérabilité, de par leur interception puis placement sous le contrôle exclusif et continu des forces conjointes composées pour moitié d'agents mauritaniens.

Dès lors, cette configuration favorise le refoulement arbitraire des migrants, et participe à la qualification juridique de leur statut de victimes d'un refoulement⁷⁷¹. Par conséquent, le mécanisme de plainte de l'Agence est clairement en deçà des enjeux soulevés par la gestion et surveillance extraterritoriale des frontières compte tenu des violations graves et arbitraires aux droits de l'homme.

⁷⁶⁹ M. BLONDEL (Docteur en droit public), « *La personne vulnérable en droit international* », thèse soutenue le 3 décembre 2015, sous la direction de Mesdames les Professeures S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ et A.-M. TOURNEPICHE, Université de Bordeaux, p.29 *in fine*.

⁷⁷⁰ En application du paragraphe 2, (A), de l'article premier de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, les Mauritaniens interceptés en l'espèce, ne peuvent pas bénéficier de la protection de cette norme parce qu'ils se trouvent toujours dans leur pays d'origine.

⁷⁷¹ « *Cette considération de la vulnérabilité de la personne a posteriori de la réalisation du risque ne supprime pas le caractère préventif de la protection recherchée par la notion puisqu'elle sert notamment la dissuasion de l'atteinte. Par exemple, dans le domaine des droits de l'homme, constater la vulnérabilité de l'individu permet au juge de mettre à la charge de l'État une obligation positive visant à protéger pour l'avenir des personnes présentant la même vulnérabilité et donc empêcher qu'elles deviennent victimes.* », M. BLONDEL « *La personne vulnérable en droit international* », thèse précitée, p.28.

B. Son insuffisance face à la nature irréversible des dommages causés par le refoulement

Sur la base du Rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative relative à Frontex, le Parlement considère que « la mise en place d'un mécanisme de traitement des plaintes individuelles donnerait aux particuliers la possibilité d'exercer leur droit à un recours effectif en cas de violation de leurs droits fondamentaux ».⁷⁷² Si nous devions faire le procès du législateur de l'UE sur ce point, il porterait sur ses usages, dans la mesure où il associe le '*droit à un recours effectif*' au mécanisme de plainte tel que visé à l'article 72 du Règlement (UE) 2016/1624. Or, le mécanisme en cause ne peut pas s'entendre autrement que par une simple possibilité faite aux migrants de voir leurs plaintes traitées par le Directeur exécutif de l'Agence et l'Officier aux droits fondamentaux qui, d'un point de vue organique, sont deux administrations de l'Union. Il ne s'agit pas d'un droit au juge. Comme nous l'avons vu, il s'agit seulement d'un recours administratif type hiérarchique, qui trouve son expression dans l'article 41 CDFUE sur le droit à une bonne administration⁷⁷³, et non dans l'article 47 CDFUE sur le droit à un recours effectif devant un tribunal indépendant et impartial⁷⁷⁴. La fundamentalité du premier n'équivaut pas à celle de l'autre. Bien au contraire. C'est pour ce même motif que nous ne pouvons pas non plus partager la position du Par-

⁷⁷² Rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative relative à Frontex, Résolution du Parlement européen du 2 décembre 2015 sur le rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex (2014/2215(INI)), Parlement européen 2014-2019, § 5, p.7.

⁷⁷³ « *Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union.* », CDFUE, art. 41.1.

⁷⁷⁴ « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.* », CDFUE, art. 47 point 1 et 2.

lement, lorsqu'il considère le mécanisme de plainte de l'Agence, comme trouvant sa traduction dans le point 5 de l'article 263 du traité FUE⁷⁷⁵.

D'abord, parce que le terme '*recours*' auquel il fait expressément mention, vise un recours devant un juge et non une administration, et que ce droit à un recours effectif s'applique à tous les droits et libertés découlant du droit de l'UE, y compris les articles 18 et 19 CDFUE⁷⁷⁶. Par conséquent, pourquoi privilégier la voie administrative à la voie juridictionnelle? D'un point de vue définitionnel, le droit à une bonne administration doit être entendu comme « un modèle d'administration qui vise à satisfaire de façon adéquate et efficace l'intérêt public, en respectant les droits et les intérêts des personnes à qui il est adressé »⁷⁷⁷. Selon l'article 41 CDFUE, il s'agit du droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable (paragraphe 1), du droit d'être entendu, du droit d'accès à son dossier, l'obligation de motivation des décisions pour l'administration (paragraphe 2), le droit à réparation et les droits linguistiques.

En dépit du silence sur le droit de voir sa plainte traitée dans un délai raisonnable⁷⁷⁸, le nouveau mécanisme de l'Agence satisfait aux règles qui gouvernent le modèle type d'Administration envisagée par l'article 41 CDFUE, parce qu'il inclut pour la première fois le plaignant dans son mode d'organisation, en lui accordant la possibilité d'adresser une plainte par écrit au Directeur exécutif

⁷⁷⁵ « *Considérant que Frontex (...) doit se conformer dans ses activités à la charte des droits fondamentaux et considérant que cette obligation trouve sa traduction dans l'article 263 du traité FUE, qui dispose que "les actes créant les organes et organismes de l'Union peuvent prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales (...)"* », Rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative relative à Frontex précité, point B, p.4.

⁷⁷⁶ « *Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après dénommés «les traités»)*. », CDFUE, article 18 ; « *Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.* », CDFUE, art. 19.2.

⁷⁷⁷ J. MENDES (Professeure de droit administratif comparé, Université du Luxembourg), « *La bonne administration en droit communautaire et le code européen de bonne conduite administrative* », Revue française d'administration publique, 2009/3 (n° 131), p. 560.

⁷⁷⁸ Le point 5 de l'article 72 du Règlement (UE) 2016/1624 dispose que « *conformément au droit à une bonne administration, si une plainte est recevable, les plaignants sont informés que leur plainte a été enregistré (...) qu'une réponse peut être attendue dès qu'elle sera disponible* ».

de l'Agence, dès lors qu'il estime qu'une action de son personnel a porté atteinte à ses droits fondamentaux. Cette 'mise au norme' de l'Agence est pertinente, mais inefficace dans sa mise en oeuvre. En effet, le droit à une bonne administration ne peut pas répondre de manière appropriée à l'objectif d'assurer le contrôle et le respect des droits fondamentaux dans toutes les activités de l'Agence⁷⁷⁹. Le droit à une bonne administration de l'article 41 CDFUE ne le permet pas, à la différence du droit à un recours effectif de l'article 47 CDFUE. D'ailleurs, ne doit-on pas considérer le droit à la protection juridictionnelle comme une évidence, dès lors qu'une personne a été victime d'une violation manifestement grave et arbitraire à ses droits fondamentaux? Si l'on suit les premiers termes de l'article 47 CDFUE, « toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal (...) ». D'un point de vue purement formel, la violation d'un droit fondamental emporte ipso facto un droit au juge, parce qu'il ne peut en être autrement dans la société démocratique régie par la prééminence du droit. En effet, cet article consacre un droit à qui, dans la mise en oeuvre du droit de l'UE, doit revêtir un caractère concret et non illusoire⁷⁸⁰. C'est d'ailleurs pour cette même raison que la CJCE avait déclaré dès 1986 dans son arrêt *Les Verts contre Parlement européen*, « que la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité »⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ « Le présent règlement devrait instaurer pour l'Agence, en coopération avec l'officier aux droits fondamentaux, pour assurer le respect des droits fondamentaux dans toutes les activités de l'Agence. Il devrait s'agir d'un mécanisme administratif en vertu duquel l'officier aux droits fondamentaux devrait être chargé du traitement des plaintes reçues par l'Agence conformément au droit à une bonne administration. », considérant n°50 du Règlement (UE) 2016/1624 précité; « L'Agence (...), prend les mesures nécessaires pour créer un mécanisme de traitement des plaintes conformément au présent article, afin de contrôler et d'assurer le respect des droits fondamentaux dans toutes les activités de l'Agence. », point 1 de l'article 72 du Règlement (UE) 2016/1624 précité.

⁷⁸⁰ Selon l'article 8 DUDH, « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ». Il s'agit également d'un droit à, qui ne fait aucun doute sur sa portée.

⁷⁸¹ CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts contre Parlement européen*, aff. 294/83, point 23.

Par conséquent, nul doute à avoir sur la nécessité urgente d'un droit à un recours direct devant un juge, pour assurer un contrôle du respect des droits fondamentaux dans la mise en oeuvre de la coopération opérationnelle avec nos partenaires africains⁷⁸². Seul le juge permet de porter la prééminence du droit et non l'autorité hiérarchique de l'Agence responsable de la surveillance et de la gestion extraterritoriale des frontières avec les Pays tiers de la corne ouest de l'Afrique. Partant, le caractère purement hiérarchique du mécanisme de plainte de l'Agence, ne peut pas être entendu comme un recours effectif consacré par l'article 13 ConvEDH si le plaignant visé par le premier⁷⁸³, n'est pas le justiciable ciblé dans le second. Dans son arrêt *Horvat c. Croatie* du 26 juillet 2001, la CourEDH avait considéré qu'un recours type hiérarchique devait s'entendre comme une communication d'informations à l'organe de contrôle, pour que ce dernier puisse faire usage de son pouvoir discrétionnaire afin d'apprécier le caractère fondé - ou pas - de la demande initiale. Il lui incombe de prendre ou non les mesures nécessaires en vue du redressement approprié⁷⁸⁴. Tel est le sens donné au mécanisme de plaintes de l'Agence, à partir du moment où il revient au Directeur exécutif de décider de la suite donnée à la plainte en concertation avec l'Officier aux droits fondamentaux⁷⁸⁵.

⁷⁸² « Lorsque la mise en œuvre administrative de ces actes appartient aux institutions communautaires, les personnes physiques et morales peuvent introduire un recours direct devant la Cour contre les actes d'application dont elles sont les destinataires ou qui les concernent directement et individuellement et invoquer, à l'appui de ce recours, l'illégalité de l'acte général de base. », point 23 du même arrêt précédent.

⁷⁸³ Le terme *plaignant* est tiré du point 5 de l'article 72 du Règlement (UE) 2016/1624: « Conformément au droit à une bonne administration, si une plainte est recevable, les plaignants sont informés que leur plainte a été enregistrée (...) ».

⁷⁸⁴ « Il convient également de relever que les autres recours cités par le Gouvernement, c'est-à-dire des demandes au président du tribunal municipal de Zagreb ou au ministère de la Justice en vue de faire accélérer la procédure, constituent des recours hiérarchiques qui reviennent en fait à communiquer des informations à l'organe de contrôle en lui suggérant qu'il fasse usage de ses pouvoirs s'il l'estime indiqué. Si une telle demande est présentée, l'organe de contrôle peut aborder ou ne pas aborder l'affaire avec le magistrat concerné, s'il juge que la demande en question n'est pas manifestement mal fondée. Dans le cas contraire, il ne prendra de toute façon aucune mesure. Si une procédure est engagée, elle implique exclusivement l'organe de contrôle et les magistrats visés. La requérante ne serait pas partie à une telle procédure ; tout au plus pourra-t-elle être informée des suites que l'organe de contrôle aura données à son recours. », CourEDH, *Horvat c. Croatie*, 26 juillet 2001, n° 51585/99, §47. Voir aussi *Lukenda. Slovénie*, 6 octobre 2005, n°23032/02, §§ 61-64.

⁷⁸⁵ « Si la plainte enregistrée concerne un membre du personnel de l'Agence, le directeur exécutif lui donne une suite appropriée, en concertation avec l'officier aux droits fondamentaux, y compris des sanctions disciplinaires, si nécessaire. Le directeur exécutif rend compte, dans un délai déterminé, à l'officier aux droits fondamentaux des conclusions et de la suite donnée par l'Agence à une plainte, y compris des mesures disciplinaires si nécessaire. », point 6 du Règlement (UE) n°2016/1624 précité.

Cependant, comment peuvent-ils remédier à la violation alléguée et fournir un redressement approprié, sachant que l'Agence est dépourvue de toutes compétences d'exécution permettant de sanctionner les États membres ou leurs agents⁷⁸⁶? Voilà pourquoi le mécanisme ne peut pas être considéré comme effectif dès lors qu'il ne confère pas au plaignant un droit personnel à obtenir l'intervention directe de l'Agence⁷⁸⁷, pour remédier directement à la situation incriminée et présenter des perspectives raisonnables de succès⁷⁸⁸. D'où notre préoccupation concernant l'efficacité du mécanisme de plainte, s'il ne permet pas en l'état de faire barrage à la violence qui pèse sur les migrants, lorsque les membres des forces interpellatrices autorisent leur refoulement là où il existe un risque pour leur propre vie.

La défense des droits et libertés n'est pas un leurre, dès lors que nous considérons la protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux comme un acquis de l'Union. En tant que

⁷⁸⁶ « Considérant qu'aux termes de l'article 3, paragraphe 1 bis, du règlement Frontex, l'Agence ne possède pas de compétences d'exécution dans les États membres et n'est pas habilitée à sanctionner des États membres ou leurs agents; », Rapport spécial du Médiateur européen dans l'enquête d'initiative relative à Frontex précité, point V, p.6.

⁷⁸⁷ « La Cour note que le Gouvernement n'a pas avancé de motifs pertinents permettant de conclure que le recours hiérarchique prévu par l'article 26 § 2 de la loi allemande sur les juges aurait été à même d'accélérer la procédure devant le tribunal régional. Elle rappelle au demeurant qu'elle a considéré à plusieurs reprises qu'un recours hiérarchique n'est pas un recours effectif, au sens de l'article 13, dès lors qu'en règle générale il ne confère pas à son auteur un droit personnel à obtenir de l'État l'exercice de ses pouvoirs de surveillance. », CourEDH, *Sürmeli c. Allemagne*, 8 juin 2006, n°75529/01, § 109.

⁷⁸⁸ « Pour pouvoir être jugé effectif, un recours doit être susceptible de remédier directement à la situation incriminée et présenter des perspectives raisonnables de succès. », CourEDH, *Vučković et autres c. Serbie* [GC], no 17153/11 et 29 autres affaires, 25 mars 2014, §§ 74. Sur ce même point: « The Court reiterates that the obligation to exhaust domestic remedies requires that an applicant make normal use of remedies which are effective, sufficient and accessible in respect of his Convention grievances. To be effective, a remedy must be capable of remedying directly the impugned state of affairs (*Mathias Berns and Joseph Ewert v. Luxembourg*, n°3251/87, Commission decision of 6 March 1991, Decisions and Reports (DR) 68, pp. 137, 164) », *Balogh c. Hongrie*, n°47940/99, 20 juillet 2004, § 30; « Enfin, l'article 35 § 1 de la Convention prévoit une répartition de la charge de la preuve. Il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès (*Akdivar et autres, précité*, § 68). », *Sejdovic c. Italie* [GC], n° 56581/00, § 46.

principe général du droit communautaire inhérent à nos traditions constitutionnelles communes⁷⁸⁹, elle protège le justiciable de toute forme d'impunité, d'où l'intérêt d'en assurer l'effectivité dans le domaine des frontières, c'est-à-dire dans les espaces de contrôles policiers, là où il existe des risques de croire en une perte de visibilité de la règle de droit face au danger du refoulement des migrants. Ce n'est donc pas un recours type hiérarchique qui permettrait de faire valoir de manière défendable que:

- le débarquement des nationaux interceptés dans les eaux intérieures de leur pays d'origine, constitue une atteinte au droit de quitter son pays et au droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres devant la persécution⁷⁹⁰;
- le débarquement des ressortissants d'États tiers sur le territoire du Pays de transit sans avoir pu expliquer les raisons qui les ont poussé à quitter ce pays et celui dont ils ont la nationalité, correspond à une expulsion sommaire et expéditive qui doit s'entendre comme un refoulement;
- les migrants ont été victimes de mauvais traitements pendant l'opération d'interception par les forces conjointes;
- les migrants ont été placés en détention en vue de leur expulsion dans leur pays d'origine par les autorités du Pays de débarquement.

L'énumération des situations multipliant les facteurs de vulnérabilité des exilés pourrait être longue compte tenu des risques qui pèsent sur leur personne. Quoi qu'il en soit, ces circonstances doivent s'entendre comme un grief défendable au titre de la ConvEDH, dès lors que les migrants prétendent

⁷⁸⁹ Selon la CJCE dans son arrêt du 13 mars 2007, aff. C-432/05, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, « le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne des droits de l'homme et qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. » (point 37). Ce point a été confirmé dans les arrêts: du 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, points 18 et 19; du 15 octobre 1987, *Heylens e.a.*, aff. 222/86, point 14; du 27 novembre 2001, *Commission/Autriche*, aff. C-424/99, point 45; du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, aff. C-50/00 P, point 39, et du 19 juin 2003, *Eribrand*, aff. C-467/01, point 61)

⁷⁹⁰ Tel pourrait être le cas d'un Mauritanien intercepté dans les eaux intérieures mauritaniennes par les forces hispano-mauritaniennes, puis débarqué dans son pays d'origine en vue d'une prise en charge par la police mauritanienne.

être victimes d'une méconnaissance d'une violation des droits reconnus en droit international et européen des droits de l'homme⁷⁹¹. Vu la nature de leur grief⁷⁹², le droit au recours au sens des articles 8 DUDH et 13 ConvEDH, apparaît comme une évidence lorsque sont en jeu l'interdiction de la torture, de peines ou traitements inhumains et dégradants⁷⁹³.

Le recours offert par une administration et non par un tribunal est inapproprié vu la configuration des opérations de terrain. Par conséquent, quel sens donner au caractère effectif du recours⁷⁹⁴, dans la mesure où il s'agit des migrants refoulés suite à leur interception dans le cadre d'une opération extraterritoriale menée par l'Agence et la Garde civile sur le sol d'un Pays tiers partenaire? La CourEDH s'est déjà prononcée sur la configuration du recours exigé par l'article 13⁷⁹⁵ dès lors qu'il s'agit d'un grief fondé sur un risque en cas de retour du migrant dans son pays d'origine⁷⁹⁶. Selon elle, le contrôle attentif par une instance nationale est un impératif, compte tenu de la nature irréver-

⁷⁹¹ CourEDH, *Klass et autres*, 6 septembre 1978, § 64; *Boyle and Rice*, 27 avril 1988, n° 9659/82, §§ 52 - 55; *Salman*, 27 juin 2000, § 122 ; *Gustafsson*, 25 avril 1996, §70; *T.P et K.M*, 10 mai 2001, §107. Sur ce même point, voir l'analyse de J.-L. SAURON et A. CHARTIER concernant l'examen du contenu d'un grief défendable, fondé sur la ConvEDH dans leur ouvrage « Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme », Gualino, Lextenso Editions, §§ 378 - 380.

⁷⁹² « La portée de l'obligation que l'article 13 fait peser sur les États contractants varie en fonction de la nature du grief du requérant. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être « effectif » en pratique comme en droit (voir, par exemple, l'arrêt *İlhan c. Turquie [GC]*, n°2277/93, § 97, CEDH 2000-VII). », CourEDH, *Ramirez Sanchez c. France*, 4 juillet 2006, n° 59450/00 du 4 juillet 2006, § 158; *Vilho Eskelinen et autres*, 19 avril 2007, § 80; *Mc Farlane c. Irlande*, 10 septembre 2010, § 108.

⁷⁹³ « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. », ConvEDH, art. 3.

⁷⁹⁴ « Ni la CEDH ni la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne définissent le « recours » à offrir. L'exigence principale est que le recours soit « effectif » en pratique et en droit. », « *Manuel de droit européen et d'accès à la justice* », Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, 2016, p. 103.

⁷⁹⁵ Sur la configuration du recours selon la jurisprudence de la CourEDH et de la CJUE: « *Manuel de droit européen et d'accès à la justice* », Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, 2016, pp.101-112.

⁷⁹⁶ « L'article 3 (art. 3) consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques (arrêt *Soering* précité, p. 34, par. 88). La Cour est parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les États pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 (art. 3) ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles nos 1 et 4 (P1, P4), et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 (art. 15) même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (voir l'arrêt *Irlande c. Royaume- Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 65, par. 163, et aussi l'arrêt *Tomasi c. France* du 27 août 1992, série A n° 241-A, p. 42, par. 115). », CourEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, n°22414/93, §79. L'arrêt *Vilvarajah et autres* va dans ce même sens (§108).

sible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements⁷⁹⁷. Ainsi, le Directeur exécutif de l'Agence ne peut pas être considéré comme une instance au sens de la jurisprudence de la CourEDH puisqu'il ne peut pas « remédier directement à la situation incriminée et présenter des perspectives raisonnables de succès »⁷⁹⁸. Par exemple, il ne peut pas prendre de décisions contraignantes⁷⁹⁹ pour enjoindre les autorités à mettre à l'abri la personne refoulée par l'intermédiaire diplomatique ou du HCR, ni de décider des suites données aux plaintes qui lui ont été rapportées par l'Officier aux droits fondamentaux⁸⁰⁰. Partant, des doutes subsistent quant à l'examen indépendant et rigoureux attendu de la CourEDH, dès lors qu'il s'agit d'allégations portant sur la mise en danger des migrants suite à leur débarquement ou refoulement sur le territoire du Pays tiers par les membres de l'Agence et des États participants⁸⁰¹.

La question de la légalité des opérations et du débarquement sont les deux maillons manquants du mécanisme qui devraient intervenir avant sa mise en oeuvre pour éviter la réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements. Pour ce faire, il suffirait d'y associer les juges de l'UE et du Tribunal Supérieur de Justice des Canaries, dès lors que l'Espagne a été déclarée Pays hôte des opérations. Un droit au recours doit être disponible et accessible en droit comme en pratique au titre de l'article 268 TFUE et 24 de la Constitution espagnole, au titre d'une procédure spéciale ou

⁷⁹⁷ « La Cour tient à souligner que le grief d'un requérant selon lequel son extradition aura des conséquences contraires aux articles 2 et 3 de la Convention doit impérativement faire l'objet d'un contrôle attentif par une « instance nationale » (voir, *mutatis mutandis*, *Chahal*, précité, p. 1855, § 79, et p. 1859, § 96 ; *Jabari*, précité, § 39). », CourEDH, *Chamaiev et autres c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005, n° 36378/02, §448.

⁷⁹⁸ CourEDH, *Vučković et autres c. Serbie*, 25 mars 2014, n°17153/11 et 29 autres affaires, §§71 et 74.

⁷⁹⁹ CourEDH, *Bentham c. Pays Bas*, 23 octobre 1985, n°8848/80, §§ 40-43.

⁸⁰⁰ CourEDH, *Galina Kostova c. Bulgarie*, 12 novembre 2013, n°36181/05, §59. Se référer aux points 7, 8 et 9 de l'article 72 du Règlement (UE) 2016/1624 pour constater que le Directeur ne dispose pas d'une pleine compétence pour traiter des demandes qui lui ont été signifiées par l'Officier aux droits fondamentaux. Il est davantage question des autorités de l'État hôte, sans préciser s'il s'agit d'une autorité administrative ou juridictionnelle.

⁸⁰¹ « Pour la Cour, compte tenu de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements et vu l'importance qu'elle attache à l'article 3, la notion de recours effectif au sens de l'article 13 requiert, d'une part, un examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs sérieux de croire à l'existence d'un risque réel de traitements contraires à l'article 3 (...) », CourEDH, *Jabari c. Turquie*, 11 juillet 2000, n°40035/98, § 50.

urgente afin de rendre compte dans un délai déterminé la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention⁸⁰². Le domaine des frontières est un nouveau défi au dialogue des juges.

Le mécanisme de plainte tel que visé dans les articles 72 du Règlement (UE) n°2016/1624 et 8 du modèle d'accord sur le statut pour les actions menées sur le territoire de pays tiers de la communication COM(2016) 747 final de la Commission européenne, sont intéressants parce qu'ils associent les droits fondamentaux à l'exécution des actions menées par l'Agence et la police espagnole lorsqu'elles interviennent sur le territoire des Pays tiers. C'est un point encourageant mais insuffisant. Le mécanisme de plainte n'est pas adapté à la configuration de ce que le droit international et européen des droits de l'homme entend par 'droit à un recours effectif' lorsque le risque de torture ou de mauvais traitement a été réalisé, posant un sérieux problème sur le terrain des articles 3 ConvEDH et 4 TFUE. Davantage illusoire qu'effectif pour des raisons tenant exclusivement au caractère purement administratif de son paramétrage, le mécanisme de plainte a été insuffisamment réfléchi par rapport à l'objectif ambitieux pour lequel il a été créé. En effet, le contrôle du respect des droits fondamentaux est une arme qui, dans la société démocratique régie par la prééminence du droit, revient au pouvoir juridictionnel et non à l'administration.

La configuration de la stratégie extraterritoriale altère les droits et libertés fondamentaux des exilés parce qu'elle les ignore pour des motifs purement opérationnels. Or, le respect du droit international des réfugiés et du droit international des droits de l'homme n'est pas une option. Mais une obligation. Sur ce point, l'Espagne engage sa propre responsabilité.

⁸⁰² CourEDH, *Çakıcı c. Turquie*, n°23657/94, §112; *Aksoy c. Turquie*, n°21987/93, § 95; *Aydın c. Turquie*, n°23178/94, § 103; *Menteş c. Turquie*, n° 23186/94, § 89; *M.S.S c. Belgique et Grèce*, n°30696/09, § 318; *I.M. c. France*, n° 9152/09, §150; *Hirsi Jamaa c. Italie*, n° 27765/09, §206. *A.C et autres c. Espagne*, n°6528/11, §85.

Chapitre 2

Une stratégie imputable à l'Espagne

Selon l'article 12 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, « il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci »⁸⁰³. Compte tenu de cette circonstance, la stratégie extraterritoriale pose un problème de responsabilité dans la mesure où les agents de la Garde civile autorisent le débarquement des exilés interceptés, sans apprécier la situation du pays dans lequel ils seront débarqués. Or, en faisant application de la jurisprudence de la CourEDH sur l'exercice de la juridiction (Section 1), la responsabilité de l'Espagne peut être engagée et entraîner, par conséquent, le devoir de réparer (Section 2).

⁸⁰³ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Le rapport, qui contient également des commentaires sur le projet d'articles, sera reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol. II(2) avec une correction. Sur ce point: *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 29, par. 56; *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 46, par. 57; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, C.I.J. Recueil 1989, p. 50, par. 70

Section 1

Sur l'engagement de la responsabilité de l'État espagnol

L'exercice de la juridiction de l'Espagne est d'abord extraterritorial, dans la mesure où les migrants placés sous le contrôle exclusif de la Garde civile qui opèrent en Méditerranée, sont systématiquement débarqués puis remis aux autorités du Pays tiers, sans s'assurer au préalable qu'ils ne courent aucun risque lorsqu'ils seront placés sous leur seule surveillance (I). Ces deux éléments constituent deux manquements avérés au principe de non-refoulement⁸⁰⁴. Cependant, nous ne pouvons pas écarter la responsabilité de l'Espagne du fait des dommages causés sur la dignité des exilés qu'elle expulse sans raison au Maroc. Certes la Garde civile opère sur le territoire national mais il y a 'extension extraterritoriale' de sa responsabilité, à partir du moment où ces mêmes migrants sont soumis à des peines arbitraires et/ou à des traitements inhumains et dégradants sur le territoire marocain, à la suite de leur refoulement depuis Ceuta ou Melilla (II).

⁸⁰⁴ Dans sa jurisprudence *Hirsi Jamaa* (précitée, § 70), la CourEDH rappelle que l'exercice de la 'juridiction' est une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité d'un État pour des faits qui lui sont imputables, et qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention.

I. Sur l'exercice extraterritorial de la juridiction espagnole

La juridiction de l'Espagne est extraterritoriale à partir du moment où la Garde civile opère hors du territoire national (A) et qu'elle exerce en pratique son contrôle sur les migrants interceptés dans le cadre d'une opération de surveillance des frontières du Pays tiers. Partant, l'Espagne a l'obligation de reconnaître aux migrants placés sous son contrôle exclusif et continu, les droits et libertés fondamentaux garantis dans son ordonnancement juridique interne (B).

A. Par la Garde civile opérant à l'étranger

La Garde civile entretient, depuis la crise des 'cayucos' de 2006⁸⁰⁵, des relations de coopération pérennes avec ses homologues de la corne ouest de l'Afrique, pour mener efficacement les opérations de terrain décidées conjointement dans les eaux ou sur le territoire terrestre des Pays Membres du G5 Sahel⁸⁰⁶. D'où la présence permanente des membres de la Garde civile sur le sol des États qui forment la corne ouest de l'Afrique, pour renforcer les capacités de contrôle des frontières de ces mêmes États via la gestion de projets européens⁸⁰⁷, sa contribution dans plusieurs missions de l'UE au Sahel⁸⁰⁸, sa participation aux manœuvres Flintlock de l'AFRICOM des États Unis relatives au contrôle des frontières au Sahel⁸⁰⁹ ou à la création d'un Groupe d'Action Rapide (GAR) au Séné-

⁸⁰⁵ Sur la crise des 'cayucos', Cf. note de bas de page n°414.

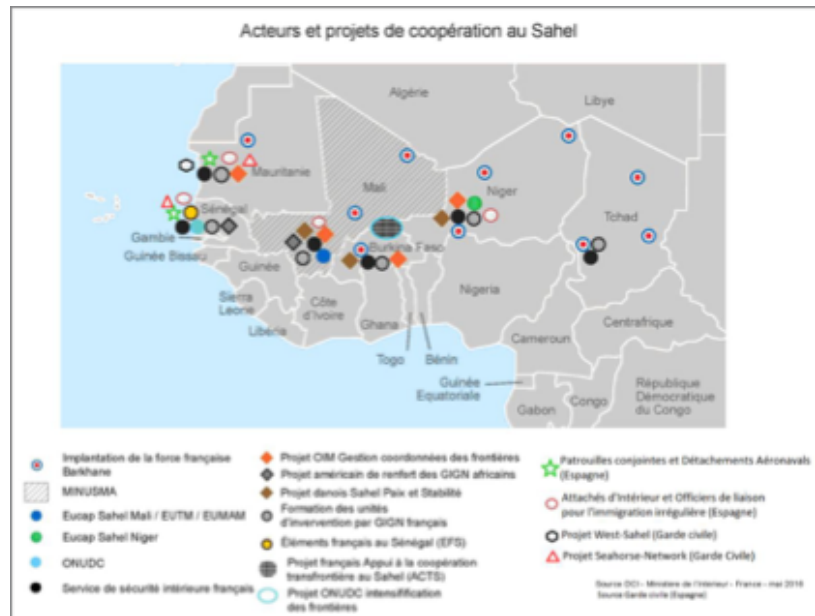
⁸⁰⁶ Il s'agit du Burkina Faso, de la Mauritanie, du Mali, du Niger, du Tchad ainsi que le Sénégal.

⁸⁰⁷ Les projets Seahorse Atlantico et West Sahel, sont deux programmes de surveillance maritime de l'UE développés pour le premier depuis 2006 entre l'Espagne, le Maroc et certains pays africains de la côte Atlantique, et pour le second entre l'UE, l'Espagne et le Niger, le Mali, le Sénégal et la Mauritanie. Pour montrer l'implication de la Garde civile, l'Ambassadeur, Chef de Délégation de l'Union européenne M. H.-G. GERSTENLAUER a rappelé que « *Ce projet est mis en œuvre par la Guardia Civil en partenariat avec l'Union Européenne qui le finance à hauteur de 80% soit 766 millions d'UM (1.95 millions d'€). Il vise à contribuer au renforcement des capacités dans la gestion des flux migratoires des pays du Sahel ciblés par cette action; à savoir le Niger, le Mali, la Mauritanie et le Sénégal. Par ce biais, il vise aussi à renforcer la coopération régionale en favorisant les échanges au niveau de la sous région* », in *Projet West Sahel - Inauguration des premières activités*, Dimanche 18 Septembre 2011, Discours de M. Hans-Georg GERSTENLAUER, Ambassadeur, Chef de Délégation de l'Union européenne, en ligne sur: http://eeas.europa.eu/archives/delegations/mauritania/documents/press_corner/discours_west_sahel_amende_fr.pdf

⁸⁰⁸ « *La Garde civile contribue dans des missions de l'Union Européenne, telles que les missions CT Sahel, EUCAP Sahel Niger, EUCAP-Sahel Mali et EUBAM-Libye, République centrafricaine.* », Document d'action du Fonds Fiduciaire de l'UE précité, *Annexe 1, Expérience des partenaires dans la zone du Sahel*, p.22.

⁸⁰⁹ Flintlock est une plateforme opérationnelle américaine impliquant 17 autres États européens et africains, dont l'objectif initial est la lutte contre le terrorisme dans la région du Sahel. Cette plateforme existe depuis 2005. Pour aller plus loin: <http://www.africom.mil/what-we-do/exercises/flintlock>.

gal⁸¹⁰, et le déploiement d'un réseau d'officiers de liaison pour la migration irrégulière⁸¹¹ au Sénégal, en Mauritanie, au Niger et au Mali⁸¹²:



Par conséquent, nul doute à avoir sur la juridiction extraterritoriale de l'Espagne à raison de ses agents de la Garde civile, dès lors qu'elle exercera ses compétences « de surveillance des voies de communication terrestre, des côtes, des frontières, [et] des ports »⁸¹³ sur le territoire non plus national, mais du Pays tiers partenaire. En effet, sachant que les activités de collaboration au niveau bila-

⁸¹⁰ « Ce projet a eu comme base l'expérience de l'Espagne dans la lutte contre le terrorisme et, notamment, l'expérience de la Garde civile dans la création d'une unité spécialisée (le Groupe d'Action Rapide, GAR). Intégré par personnels hautement spécialisés, le GAR fonde ses interventions sur des unités robustes avec grande mobilité, autonomie et flexibilité, ce qui permet d'adapter sa dimension et son équipement aux circonstances spécifiques de chaque mission. L'unité GAR créée en 2012 au Sénégal a donné des résultats excellents. C'est ainsi que les autorités sénégalaises ont demandé plusieurs fois la création d'autres unités de ce type. », Document d'action du Fonds Fiduciaire de l'UE précité, Annexe 1, *Expérience des partenaires dans la zone du Sahel*, p.22.

⁸¹¹ Ces officiers sont des représentants des États membres détachés dans un pays tiers et chargés de faciliter l'action menée par l'UE en matière de lutte contre l'immigration clandestine. Voir en ce sens le Règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration », JO L 316, 15.12.2000; Règlement (UE) n°493/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 modifiant le règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration », JO L 141, 27.5.2011.

⁸¹² À travers cette carte, nous pouvons visualiser avec précision l'implantation extraterritoriale des membres de la Garde civile au Sahel, via les projets européens et la coopération opérationnelle aux cotés des forces locales. Dans la légende, il s'agit: des patrouilles conjointes et détachements aéronavals (Espagne), attachés d'intérieur et officiers de liaison pour l'immigration irrégulière (Espagne), Projet West-Sahel (Garde civile), et le projet Seahorse-Network. La carte est tirée du document d'action du Fonds Fiduciaire de l'UE à utiliser pour les décisions du comité de gestion précité, 2.4. *Actions complémentaires*, p.5.

⁸¹³ Extrait traduit de l'article 12.1 B) d) de la LO 2/1986 précitée sur les FCSE.

téral et multilatéral développées dans la zone contribuent au renforcement du contrôle des frontières pour prévenir les risques de migration irrégulière vers l'UE, il est attendu des membres de la Garde civile qu'ils soient affectés aux opérations de « ratissage, [et] d'étanchéité des frontières » qui relèvent du GAR aux côtés des autorités du Pays tiers hôte⁸¹⁴. Il s'agit d'une mise en oeuvre effective des compétences d'exécution que leur reconnaît le point 1 de l'article 104 de la Constitution espagnole, selon lequel « les forces et les corps de sécurité, sous l'autorité du Gouvernement, auront pour mission de protéger le libre exercice des droits et des libertés et de garantir la sécurité des citoyens ». Les agents espagnols devront veiller au respect des lois, exécuter les ordres reçues des autorités, maintenir et rétablir l'ordre et la sécurité citoyenne aux frontières, et prévenir la commission d'actes délictuels directement sur le territoire du Pays partenaire. En somme, ils devront mettre à exécution ce que la loi 2/1986 leur assigne au titre des articles 11 et 12 de la loi 2/1986 sur les fonctions des FCSE⁸¹⁵. Prise sous l'angle du droit constitutionnel, la composante personnelle de la juridiction extraterritoriale de l'Espagne à raison de ses services publics est évidente du point de vue du droit international, lequel « considère en effet que les personnes et les choses sur lesquelles les agents d'un État exercent leur autorité sont attirées dans la sphère de juridiction de cet État où qu'elles se trouvent »⁸¹⁶. Par conséquent, *le fait de l'État* espagnol sera le comportement de la Garde civile, dès lors que ses actes déploieront leurs effets en dehors du territoire national⁸¹⁷.

⁸¹⁴ Document d'action du Fonds Fiduciaire de l'UE précité, 3.2. *Résultats escomptés*, p.7.

⁸¹⁵ Sur l'analyse des compétences de la Garde civile conformément à son mandat constitutionnel, se reporter à la Partie 1, Chap. 1, Sect.1.

⁸¹⁶ P. BERENZ (Docteur en droit public), « *La notion de juridiction de l'État dans le contentieux européen des droits de l'homme - Essai sur la délimitation du champ d'application spatial de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », Thèse soutenue le 4 novembre 2011, Université Paris I - Panthéon Sorbonne, p. 35.

⁸¹⁷ Le 'fait de l'État' est un renvoi à l'article 4 du projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 12 décembre 2001, U.N. Doc. A/56/10 selon lequel: « *Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État* ».

Prenons le cas du déploiement des forces espagnoles à Nouadhibou en Mauritanie, ou à Dakar au Sénégal⁸¹⁸. Sachant que l'objectif des opérations extraterritoriales de la Garde civile consiste à empêcher les départs de migrants vers les îles Canaries, il s'agit bien d'une mise en oeuvre effective des pouvoirs de police administrative que lui reconnaît la loi 2/1986 précitée, pour prévenir des risques de franchissement irrégulier des frontières. Pour ce faire, elle devra user de la coercition pour intercepter, interpellier, retenir et débarquer les migrants qui souhaitent quitter leur pays pour l'Espagne, en dehors de toute considération tenant aux risques qu'ils encourent en cas de débarquement dans le pays hôte.

Par conséquent l'action extraterritoriale de la Garde civile est similaire à celle qui concerne le régime spécial de Ceuta et de Melilla⁸¹⁹, c'est-à-dire une pratique hors cadre légal qui ignore le principe de non-refoulement du droit international des réfugiés et sa correspondance à la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du droit international des droits de l'homme. La gestion et la surveillance extraterritoriale des frontières est l'extension fonc-

⁸¹⁸ Dans un article du 30 mai 2017 intitulé « *Dastis visitará el despliegue español en Nuadibú en su primer viaje a Mauritania* » le journal 'The Diplomat in Spain', comptabilise 29 agents de la Garde Civile y 5 de la Police Nationale présents à Nouadhibou. Selon le Ministère des Affaires étrangères espagnol, cette collaboration est l'exemple le plus évident du succès du modèle espagnol dans le domaine des migrations. Ce constat tient au nombre de migrants arrivés aux Canaries: 31.678 en 2006, 9.181 en 2009, 196 en 2013 à zéro en 2014. La surveillance et la gestion extraterritoriale des frontières est une solution pour empêcher l'arrivée de migrants sur les côtes des îles Canaries. Mais au prix des instruments internationaux de protection des réfugiés et des droits de l'homme. Dans le même sens, consulter les articles sur le site officiel de la Garde civile (www.guardiacivil.es) : « *El ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, recibe en Madrid a su homólogo senegalés, Abdoulaye Daouda Diallo* », du 05/05/15, « *El trabajo conjunto de España y Senegal en la lucha contra la inmigración irregular es "intenso y fructífero"* », du 06/05/15; Voir également les articles de J. ARIAS BORQUE (journaliste) sur le site www.libertaddigital.com : « *Inmigración ilegal y terrorismo, claves de la visita de Rajoy a Senegal* » du 04/05/2015 ; « *El trabajo más desconocido de la Guardia Civil: las misiones en el exterior* » du 16/07/2017 ; Article du journal El Mundo, « *España ha gastado 168 millones en frenar la llegada de cayucos a Canarias* », du 20/06/2017, dans lequel l'auteur constate pour la période 2006-2016, que les aides affectées pour le contrôle des frontières sont bien supérieures à celles qui relèvent de l'aide au développement. Par exemple, 88,6 millions d'euros ont été attribués au Gouvernement mauritanien pour les frontières, contre 19,8 millions d'euros pour l'aide au développement. Concernant le Sénégal, la différence est moindre mais le constat tout aussi décourageant. Pour les frontières, l'aide s'élève à 34,9 millions d'euros contre 24,8 millions d'euros pour le développement. Ce financement englobe le déploiement des forces espagnoles sur le territoire du Sénégal et de la Mauritanie; Voir les articles du journal ABC España suivants: « *La Guardia Civil patrullará también en tierra en Mauritania con la Gendarmería para combatir la inmigración ilegal* », du 29/03/2014 et « *España refuerza su presencia militar en África contra la inmigración ilegal* », du 04/05/2015.

⁸¹⁹ Cf. Partie 1, Titre 1, Chap. 2, Sec.1, §2.

tionnelle de l'ordre espagnol au delà des frontières nationales, due à l'implication des membres de la Garde civile dans cette nouvelle réalité des frontières, dont la finalité consiste à empêcher de façon générale et absolue les départs de migrants pour l'exil vers l'Espagne. La juridiction extraterritoriale de l'Espagne est clairement posée par l'autorité exprimée de la Garde civile, sur les activités de maintien de l'ordre dans les espaces territoriaux des Pays voisins du fait de la coopération opérationnelle entre polices et Gouvernements. Par leur présence en territoire étranger, les agents de la Garde civile « transportent »⁸²⁰ avec eux la juridiction espagnole et vaut pour tout type de manquement continu allégué aux droits et libertés des personnes placées sous leur contrôle exclusif et continu.

⁸²⁰ Tel est le terme employé par P. BERENZ lorsqu'il qualifie l'action des militaires français dans l'affaire du Winner devant la CourEDH. Sur son analyse, se référer à sa thèse précitée, p.112.

B. Par le contrôle exclusif et continu exercé par la Garde civile sur les exilés

L'interception des migrants dans les eaux intérieures ou sur le territoire terrestre du Pays hôte doit s'analyser comme un acte de souveraineté dans la mesure où la Garde civile et son homologue étranger peuvent décider conjointement de leur interpellation, et autoriser unilatéralement leur débarquement sur le sol du Pays hôte. En tant que mesure de reconduite dont l'exécution matérielle relève intégralement des forces de police, le débarquement des migrants est un acte matériel qui s'est consumé dans l'espace territorial du pays partenaire, et qui produira ses effets sur ce même territoire⁸²¹. Dès lors, nous pourrions considérer comme inexistante la juridiction espagnole. Cependant, la décision qui emporte son autorisation vaut juridiction extraterritoriale de l'Espagne lorsque, par suite d'une action policière conjointe, l'État espagnol - par l'intermédiaire de la Garde civile - ne s'est pas déclaré comme opposé à la réalisation du débarquement des migrants sur le territoire du Pays partenaire. D'ailleurs, comment s'y opposer si tel est l'objectif poursuivi par la coopération opérationnelle décidée par le Gouvernement espagnol et par la politique partenariale en matière migratoire? Effectivement, l'endiguement des flux migratoires est un acte politique clairement affirmé par les autorités qui, par définition, permet de réfréner ou discipliner les mouvements migratoires par la force policière et militaire.

Partant, il emporte la juridiction extraterritoriale de l'Espagne par le contrôle policier exclusif et continu exercé sur les migrants interceptés. Or, cette mesure de contrainte n'est-elle pas, lorsqu'il s'agit d'un contrôle qui se déroule sur le territoire national, conditionnée notamment par la loi 4/2015 sur la sécurité citoyenne concernant les diligences en matière d'identification des per-

⁸²¹ Nous partons du principe que l'issue du débarquement sera suivie par une libération sur le sol du Pays hôte, une privation de liberté, ou l'expulsion de la personne si elle est ressortissante d'un autre Pays tiers.

sonnes⁸²², et de la loi 2/1986 sur les FCSE dès lors qu'il s'agit de personnes placées sous la garde des membres de la Garde civile⁸²³? Quoi qu'il en soit, le placement des migrants sous l'autorité de cette même police doit être considéré comme un fait de l'État espagnol, à partir du moment où la situation personnelle de chaque individu est remise à l'entière discrétion de l'organe policier espagnol.

D'ailleurs, cette mise sous tutelle policière des migrants qui a lieu en territoire étranger, sera suivie de leur débarquement sur le territoire du Pays hôte puis, pour les non-nationaux, de leur remise aux autorités du Pays dont elles ont la nationalité. Voilà pourquoi la Garde civile est amenée à accomplir des actes extraterritoriaux, dès lors qu'elle participe aux opérations de gestion et de surveillance des frontières du Pays hôte, ce qui implique l'exercice d'un pouvoir de juridiction au sens de l'article 1 ConvEDH⁸²⁴. À cet égard, l'affaire *Al Skeini et autres c. Royaume-Uni*⁸²⁵ est particulièrement éclairante. Selon le juge européen, « dès l'instant où l'État, par le biais de ses agents, exerce son

⁸²² Concernant l'identification des personnes, les membres de la Garde civile « *devront strictement respecter les principes de proportionnalité, d'égalité de traitement et de non discrimination tenant à la naissance, la nationalité, l'origine raciale ou ethnique, le sexe, la religion ou les croyances, l'âge, le handicap, l'orientation ou l'identité sexuelle, l'opinion ou toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale.* », Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE núm. 77 de 31 de Marzo de 2015, traduction personnelle du point 1.b), article 16 *in fine*. L'intégralité de cet article est essentiel lorsque les forces de l'ordre interpellent tel individu à des fins d'identification. Concernant l'article 20 sur les fouilles corporelles, le Tribunal Constitutionnel a admis le 21 juillet 2015, le recours d'inconstitutionnalité n°3848-2015 formé par le Parlement de Catalogne contre ce même article. Au moment de la rédaction, le juge spécial n'a toujours pas rendu de décision sur le conflit de normes levé par le législateur autonome catalan.

⁸²³ Les membres de la Garde civile « *devront veiller au respect de la vie et de l'intégrité physique des personnes (...) placées sous leur garde, et respecteront l'honneur et la dignité des personnes.* », Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 1986, traduction personnelle du point 3.b), article 5.

⁸²⁴ « *Le terme "juridiction" ne se limite pas au territoire national des Hautes Parties contractantes; leur responsabilité peut entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors dudit territoire* », CourEDH, *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, n°12747/87, §91; « *Quant à la question de l'imputabilité, la Cour rappelle d'abord que dans son arrêt Loizidou (exceptions préliminaires) précité (pp. 23-24, par. 62), elle a souligné que, selon sa jurisprudence constante, la notion de "juridiction" au sens de l'article 1 de la Convention (art. 1) ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes. La responsabilité de ces dernières peut donc entrer en jeu à raison d'actes ou d'omissions émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors de leur territoire.* », CourEDH, *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, n°15318/89, §52; « *De surcroît, un État ne peut concrètement exercer sa juridiction sur le territoire d'un autre État sans le consentement, l'invitation ou l'acquiescement de ce dernier, à moins que le premier ne soit un État occupant, auquel cas on peut considérer qu'il exerce sa juridiction sur ce territoire, du moins à certains égards (...)* », CourEDH, *Bankovic*, précité, §60.

⁸²⁵ CourEDH, *Al Skeini et autres c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, n°55721/07.

contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas »⁸²⁶. Y compris lorsque ses agents opèrent à l'étranger⁸²⁷. Par conséquent, les migrants relèvent de la juridiction de l'Espagne compte tenu du caractère continu et ininterrompu du contrôle exercé par la Garde civile, de leur interception jusqu'à leur débarquement sur le territoire du Pays tiers partenaire. Du point de vue de l'article 1 ConvEDH, la notion de contrôle exercé sur les personnes doit s'apprécier en dehors de toute considération tenant au régime juridique applicable aux faits de la cause. En effet, il importe peu de savoir si l'interception s'inscrit dans un contexte de sauvetage ou d'une opération de police maritime. Par conséquent, nous devons uniquement prendre en considération l'exercice de la coercition policière, c'est-à-dire l'autorité qui s'exerce sur les migrants placés sous la surveillance exclusive des forces de l'ordre.

Prenons le cas d'une opération conjointe de surveillance des frontières mauritaniennes conformément au Mémoire conclu le 28 mars 2014 entre le Directeur général de la Garde civile et le Directeur général de la Gendarmerie de Mauritanie. À bord du navire battant pavillon mauritanien, plusieurs migrants ont été interceptés dans les eaux intérieures de la Mauritanie, puis placés sous le contrôle des deux polices. Après être montés à bord, les migrants ont été débarqués à Nouadhibou à des fins d'identification en vue de leur éloignement vers leur pays d'origine, sans qu'ils aient eu la possibilité de demander l'asile⁸²⁸. En vertu du premier point de l'article 96 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer, « tout État exerce effectivement sa juridiction et son contrôle

⁸²⁶ *Al Skeini et autres c. Royaume-Uni* précité, § 137.

⁸²⁷ « Les parties ne contestent pas devant la Cour que le requérant, dès sa remise par les agents kenyans aux agents turcs, s'est effectivement retrouvé sous l'autorité de la Turquie et relevait donc de la « juridiction » de cet État aux fins de l'article 1 de la Convention, même si, en l'occurrence, la Turquie a exercé son autorité en dehors de son territoire. », CourEDH, *Öcalan c. Turquie*, 2 mai 2005, n°46221/99, § 91; Sur ce même point, se référer aux arrêts *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, 30 juin 2009, n°61498/08, §§ 86-89; *Medvedyev et autres c. France*, 10 juillet 2008, n°3394/03, § 67.

⁸²⁸ Cf. Partie 2, Titre 1, Chap.1, Sec.2, I. B. Pour rappel, il n'existe aucun régime de protection effective des réfugiés en Mauritanie.

dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon ». ⁸²⁹ En application du régime de la Convention de Montego Bay, le bateau mauritanien naviguant dans les eaux de la Mauritanie est soumis à la juridiction exclusive de cet État dont il bat pavillon. Par conséquent, les migrants relèveraient de la juridiction exclusive de la Mauritanie. Cependant, les forces espagnoles se trouvent également à bord de ce même navire, et ne sont en aucun cas détachés de leur mission constitutionnelle de protection du libre exercice des droits et libertés fondamentaux reconnus en droit interne ⁸³⁰, et dans les instruments internationaux ratifiés par l'Espagne ⁸³¹. La

⁸²⁹ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (avec annexes, acte final et procès-verbaux de rectification de l'acte final en date des 3 mars 1986 et 26 juillet 1993), conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, n° 31363, article 96. S'il s'agit d'un navire battant pavillon espagnol (comme ceux de la Garde civile), la question ne se poserait pas. Il s'agirait d'un contrôle *de jure* qui emporterait la juridiction extraterritoriale de l'Espagne. D'ailleurs, le juge européen avait déclaré dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* que « *La Cour observe qu'en vertu des dispositions pertinentes du droit de la mer, un bateau naviguant en haute mer est soumis à la juridiction exclusive de l'État dont il bat pavillon. Ce principe de droit international a conduit la Cour à reconnaître, dans les affaires concernant des actes accomplis à bord de navires battant pavillon d'un État, à l'instar des aéronefs enregistrés, des cas d'exercice extraterritorial de la juridiction de cet État. Dès lors qu'il y a contrôle sur autrui, il s'agit dans ces cas d'un contrôle de jure exercé par l'État en question sur les individus concernés.* », *CourEDH, Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 27 février 2012, n° 27765/09, § 77.

⁸³⁰ Du point de vue de la Constitution espagnole, il s'agit des articles 9.3 sur les garanties juridiques dont le principe de légalité, et l'interdiction de toute action arbitraire de la part de l'administration, 10.1 sur la dignité de la personne, 13.1 sur la jouissance des libertés publiques des étrangers et 13.4 sur le droit d'asile, 15 sur le droit à la vie, et 17.1 sur le droit à la liberté et à la sécurité.

⁸³¹ Du point de vue de la ConvEDH, il s'agit des articles 1 sur l'obligation de respecter les droits de l'homme, 2.1 sur le droit à la vie, 3 sur l'interdiction de la torture. Concernant le Protocole n°4 à la ConvEDH, les articles 2.1 sur la liberté de circulation et 2.2 sur le droit de quitter un pays y compris le sien, et 4 sur l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers doivent également être garantis par les agents de la Garde civile. Concernant le droit de l'UE, la mise en oeuvre de la gestion et de la surveillance extraterritoriale des frontières doit garantir le respect la dignité humaine, la liberté, et le respect des droits de l'homme en tant que valeurs de l'UE reconnues à l'article 2 TUE, ainsi que les droits, les libertés, et principes de la CharteDFUE selon l'article 6 TUE. Qui plus est, le Gouvernement espagnol n'est pas censé ignorer que toute action extérieure ne peut aller à l'encontre de la CDFUE notamment de ses articles 1 sur la dignité humaine, 2.1 sur le droit à la vie, 3.1 sur le respect de l'intégrité physique et mentale, 4 sur l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 6 sur le droit à la liberté et à la sûreté, 18 sur le droit d'asile, 19.1 sur l'interdiction des expulsions collectives et 19.2 sur l'interdiction d'éloigner, d'expulser et d'extrader tout individu vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. Concernant le PIDCP, les membres de la Garde civile doivent s'assurer qu'aucun débarquement et qu'aucune remise emportera une atteinte aux articles 6.1 sur le droit à la vie, 7 sur l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 9.1 sur le droit à la liberté de l'individu et à la sécurité de sa personne, 10.1 sur le traitement avec humanité et respect de la personne privée de liberté, 12.1 sur la liberté de circulation et 12.2 sur le droit de quitter un pays y compris le sien, et 16 sur la reconnaissance en tous lieux de la personnalité juridique de tous les individus. Concernant la DUDH, les articles 3 sur le droit à la vie, la liberté et la sûreté de la personne, 5 sur l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 6 sur le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique, 9 sur l'interdiction d'arrêter, de détenir ou d'exiler de façon arbitraire les personnes, 13.1 sur la liberté de circulation et 13.2 sur le droit de quitter un pays y compris le sien, et 14.1 sur le droit de chercher asile devant la persécution.

Garde civile appréciera la situation du pays de destination pour ne pas exposer les migrants à un risque de torture, ou de mauvais traitements dès lors qu'ils seront débarqués puis remis aux autorités du Pays tiers. Conformément à l'arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie*, « un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce 'patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit' auquel se réfère le préambule, s'il remettait consciemment un fugitif à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'il court un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »⁸³². Dès lors, le cadre fonctionnel du Mémorandum et la configuration des opérations extraterritoriales de terrain, ne sauraient soustraire la juridiction espagnole à l'empire de la prééminence du droit, au motif que le débarquement ou la remise des migrants est d'abord une affaire mauritanienne, en raison du niveau prétendument réduit du contrôle exercé par la Garde civile sur les migrants qui se trouvent à bord du navire. Leur sort est également une affaire espagnole, par le contrôle *de facto* continu et ininterrompu exercé par la Garde civile sur leur personne⁸³³. Partant l'Espagne doit, aux termes des articles 104.1 CE⁸³⁴ et 5.1.a) de la loi 2/1986 sur les FCSE⁸³⁵, assurer l'intégralité des droits et libertés reconnus aux mi-

⁸³² CourEDH, *Ilaşcu*, décision précitée, §317; *Soering c. Royaume-Uni* précité, §§ 88-91.

⁸³³ « Partant, la Cour considère que, compte tenu de l'existence d'un contrôle absolu et exclusif exercé par la France, au moins de facto, sur le *Winner* et son équipage dès l'interception du navire, de manière continue et ininterrompue, les requérants relevaient bien de la juridiction de la France au sens de l'article 1 de la Convention », CourEDH *Medvedev et autres. c. France* précitée, §§ 66-67.

⁸³⁴ « Les forces et les corps de sécurité, sous l'autorité du Gouvernement, auront pour mission de protéger le libre exercice des droits et des libertés et de garantir la sécurité des citoyens. », Constitution espagnole précitée, article 104.1.

⁸³⁵ Il s'agit de la loi organique sur les fonctions, les principes d'action fondamentaux et les statuts des forces et des corps de sécurité précitée selon laquelle les agents des forces de l'ordre doivent « exercer leur fonction dans le respect absolu de la Constitution et du reste de l'ordre juridique », traduction personnelle de l'article 5.1.a), Ley Orgánica 2/1986 précitée.

grants placés sous son contrôle, conformément aux articles 9.1 CE⁸³⁶, 1 ConvEDH⁸³⁷, 2.1 du PIDCP⁸³⁸ et 2 DUDH⁸³⁹.

Il y a exercice extraterritorial de la juridiction de l'Espagne lorsque ses autorités interviennent dans les eaux ou sur le territoire terrestre des Pays tiers partenaires. Dès lors, le débarquement et la remise à terre des personnes aux autorités partenaires, ne seront possible uniquement si la Garde civile garantit en des termes absolus que nul se sera refoulé, et exposé à un risque de subir la torture, ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Voilà pourquoi le degré du contrôle ou de l'autorité exercé sur les migrants doit être clairement défini pour pouvoir invoquer une violation suffisamment caractérisée d'un droit fondamental, en guise de fait générateur de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. À cet égard, l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* devant la CourEDH est particulièrement significative⁸⁴⁰.

Onze ressortissants somaliens et treize nationaux d'Érythrée⁸⁴¹ ont décidé de fuir les persécutions organisées et les violations graves aux droits de l'homme qui sévissent dans leurs pays

⁸³⁶ « *Les citoyens et les pouvoirs publics sont soumis à la Constitution et aux autres normes de l'ordre juridique.* », Constitution espagnole précitée, article 9.1.

⁸³⁷ « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention.* », CEDH précité, article 1.

⁸³⁸ « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune (...)* », PIDCP du 16 décembre 1966 précité, article 2.1.

⁸³⁹ « *Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune (...). De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante (...).* », DUDH du 10 décembre 1948 précitée, article 2.

⁸⁴⁰ CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, requête n°27765/09, 23 février 2012. Concernant l'analyse au fond de cet arrêt, se référer à l'excellent article de N. HERVIEU (juriste en droit public et droit européen des droits de l'homme, doctorant au Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux (CREDOF - Université Paris Ouest), et collaborateur du cabinet Spinosi & Sureau et membre de l'IDHBP) « *Appréhension conventionnelle inédite de la pratique d'interception et de refoulement des groupes de réfugiés en haute mer* » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 février 2012. en ligne sur: <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr> en ligne sur: <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>

⁸⁴¹ Il s'agit ici des ressortissants qui ont pu saisir la CourEDH. Cependant, les requérants faisaient partie d'un groupe composé de deux cents migrants (§9 de l'arrêt).

d'origine respectifs⁸⁴². Arrivés en Libye, les requérants ont décidé de rejoindre les côtes italiennes par mer. Interceptés puis approchés par la Garde des finances et des garde-côtes italiens, alors qu'ils se trouvaient dans la zone maritime de recherche et de sauvetage de Malte, les migrants ont été transférés sur les navires battant pavillon italien, puis débarqués à Tripoli afin d'être livrés aux autorités libyennes.

Selon le Ministre de l'Intérieur italien, cette remise fait suite à l'entrée en vigueur d'accords bilatéraux entre l'Italie et la Libye en matière de lutte contre l'immigration irrégulière⁸⁴³, en dépit du refoulement récurrent et des violations systémiques au droit international des droits de l'homme en Libye.

Les requérants invoquent d'abord l'article 3 ConvEDH dans la mesure où leur débarquement en Libye s'analyse en un refoulement qui les a exposés au risque de subir des tortures ou des traitements inhumains et dégradants en Libye ainsi que dans leurs pays d'origine respectifs⁸⁴⁴, l'article 4 du Protocole n°4 pour avoir fait l'objet d'une expulsion collective en dehors de tout cadre légal⁸⁴⁵, les deux combinés à l'article 13 ConvEDH pour ne pas avoir bénéficié d'un recours effectif pour dénoncer ces agissements devant une instance nationale⁸⁴⁶. Pour vérifier si ces allégations em-

⁸⁴² Concernant la situation en Somalie, la Cour renvoie aux documents internationaux présentés dans l'affaire *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni* (n° 8319/07 et 11449/07, §§ 80-195, 28 juin 2011). Concernant l'Érythrée, plusieurs rapports du HCR, de HRW et d'Amnesty International font le bilan de violations massives aux droits de l'homme de la part du pouvoir en place telles que les arrestations arbitraires, la torture ou le travail forcé. Pour plus de détails, se référer au §§ 43 et 44 de l'arrêt.

⁸⁴³ Sur le détail des accords bilatéraux, se référer aux §§ 19 à 21 de l'arrêt précité.

⁸⁴⁴ « La Cour observe que l'article 3 de la Convention est en cause sous deux aspects différents, qu'il y a lieu d'examiner séparément. Premièrement, quant au risque encouru par les requérants de subir des traitements inhumains et dégradants en Libye et, deuxièmement, concernant le danger pour ceux-ci d'être rapatriés dans leurs pays d'origine respectifs. », § 84 de l'arrêt précité. Sur l'analyse au fond de la violation de l'article 3 ConvEDH, se référer aux §§ 83-158 de l'arrêt précité.

⁸⁴⁵ Sur l'analyse au fond de la violation de l'article 4 du Protocole n°4 selon lequel « Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites. », se référer aux §§ 159-186 de l'arrêt précité.

⁸⁴⁶ « Les requérants se plaignent de ne pas avoir bénéficié en droit italien d'un recours effectif pour formuler leurs griefs tirés des articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n°4. Ils invoquent l'article 13 de la Convention, qui est ainsi libellé: 'Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.' », § 187 de l'arrêt précité. Sur l'analyse au fond de la violation de l'article 13 combiné avec les articles 3 ConvEDH et 4 du Protocole n°4, se référer aux §§ 187-207.

portent la violation des dispositions précitées, la Cour doit au préalable vérifier qu'il existe un lien juridique entre l'État italien et les migrants pour considérer sa juridiction comme établie.

Pour le Gouvernement italien, l'exercice de la juridiction est inexistant dès lors que les faits s'inscrivent dans un contexte purement 'international' échappant de facto à la compétence exclusive de l'État italien. Il s'agit d'abord d'un sauvetage en haute mer relevant du droit international et non du droit maritime italien. Par conséquent, la juridiction de l'Italie n'a pas lieu d'être⁸⁴⁷. Le débarquement et la remise des migrants aux autorités libyennes, ne sont que la mise à exécution des dispositions du protocole additionnel du 4 février 2009 visant au renforcement de la collaboration bilatérale aux fins de la lutte contre l'immigration clandestine entre les deux Gouvernements italien et libyen, selon lequel « les deux pays s'engagent à organiser des patrouilles maritimes avec des équipages communs (...). Les deux pays s'engagent à rapatrier les immigrés clandestins et à conclure des accords avec les pays d'origine pour limiter le phénomène de l'immigration clandestine »⁸⁴⁸. Encore une fois, l'affaire semble échapper à la juridiction italienne pour des motifs tenant à sa politique extérieure. Troisièmement, le Gouvernement argue que le sauvetage des exilés en haute mer n'est qu'une mise à exécution de l'article 98 de la Convention de Montego Bay selon lequel « tout État exige du capitaine d'un navire battant son pavillon qu'il prête assistance à quiconque est trouvé en péril en mer [et] qu'il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il

⁸⁴⁷ Cf. § 64 de l'arrêt précité.

⁸⁴⁸ « *Les deux pays s'engagent à organiser des patrouilles maritimes avec des équipages communs formés de personnel italien et de personnel libyen, équivalents en nombre, expérience et compétence. Les patrouilles opèrent dans les eaux libyennes et internationales sous la supervision de personnel libyen et avec la participation d'équipages italiens, et dans les eaux italiennes et internationales sous la supervision de personnel italien et avec la participation de personnel libyen. La propriété des navires offerts par l'Italie en vertu de l'article 3 de l'accord du 29 décembre 2007 sera cédée définitivement à la Libye. Les deux pays s'engagent à rapatrier les immigrés clandestins et à conclure des accords avec les pays d'origine pour limiter le phénomène de l'immigration clandestine. (Traduction non officielle)* », §19 in fine de l'arrêt précité.

est informé qu'elles ont besoin d'assistance »⁸⁴⁹. C'est d'ailleurs pour ces mêmes motifs que le Gouvernement italien a fourni une assistance humanitaire et médicale, sans avoir eu recours ni à la violence ni aux armes, et sans abordage. Cependant, la dimension internationale de cette intervention n'a pas pour conséquence de créer un lien entre l'Italie et les migrants⁸⁵⁰. Pour toutes ces raisons, le Gouvernement considère les faits comme échappant à la juridiction de l'État italien ; ce que rejettent les requérants, estimant avoir été placés sous le contrôle exclusif des forces italiennes, dès leur montée à bord sur les navires battant pavillon italien⁸⁵¹.

Si l'on suit la logique du Gouvernement italien, le débarquement ainsi que la remise des migrants aux autorités libyennes ne constituent pas deux faits de l'État italien au sens du DIP, dans la mesure où la configuration 'internationale' de l'interception l'en empêche. Or, ne s'agit-il pas ici de deux décisions prises par la Garde des finances et des garde-côtes italiens, indépendamment de toutes considérations opérationnelles et fonctionnelles?

Le débarquement en Libye et la remise sommaire et expéditive des migrants aux forces libyennes ont été décidés par les forces italiennes du fait de l'exclusivité du contrôle qu'elles exerçaient sur les migrants depuis leur montée à bord. Par conséquent, les deux décisions prises unilatéralement par les agents italiens constituent deux faits de l'État. Nul doute à avoir sur le caractère extraterritorial de la juridiction de l'Italie au sens de l'article 1 ConvEDH⁸⁵².

⁸⁴⁹ « Tout État exige du capitaine d'un navire battant son pavillon que, pour autant que cela lui est possible sans faire courir de risques graves au navire, à l'équipage ou aux passagers : a) il prête assistance à quiconque est trouvé en péril en mer; b) il se porte aussi vite que possible au secours des personnes en détresse s'il est informé qu'elles ont besoin d'assistance, dans la mesure où l'on peut raisonnablement s'attendre qu'il agisse de la sorte; », point 1 de l'article 98 de la Convention sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 précitée.

⁸⁵⁰ § 65 in fine de l'arrêt précité.

⁸⁵¹ « Les requérants estiment que la juridiction de l'Italie ne saurait être remise en cause en l'espèce. A partir de leur montée à bord des navires italiens, ils se seraient trouvés sous le contrôle exclusif de l'Italie, laquelle aurait dès lors été tenue de respecter l'ensemble des obligations découlant de la Convention et de ses Protocoles. Ils font observer que l'article 4 du code italien de la navigation prévoit expressément que les navires battant pavillon national relèvent de la juridiction de l'Italie même lorsqu'ils naviguent au-delà des eaux territoriales. », § 67 de l'arrêt précité.

⁸⁵² Sur le caractère essentiellement territorial de la juridiction au sens de l'article 1 ConvEDH, se référer au § 71 de l'arrêt précité dans lequel la Cour renvoie sur ce même point, aux affaires *Banković et autres* (§§ 61 et 67), *Ilaşcu et autres* (§ 312), et *Assanidzé c. Géorgie* (§ 139).

Pour la Cour, la juridiction extraterritoriale d'un État est une notion dépendante des faits particuliers de la cause. En effet, comment conclure à l'exercice extraterritorial de la juridiction de l'Italie, si ce n'est par le contrôle exercé par les autorités sur les migrants? Il ne peut en être autrement si nous souhaitons assurer l'empire de la Convention dans les activités souveraines qui se déroulent à l'extérieur du territoire des États, à l'instar de la gestion et de la surveillance extraterritoriales des frontières.

Selon le juge de Strasbourg, le contrôle est *de jure*, c'est-à-dire 'de droit', dès lors qu'il est inscrit dans la norme⁸⁵³, et *de facto* selon la nature et la portée des actions accomplies par les forces de l'ordre. Si l'on reprend l'article 4 du code de la navigation italien, « les navires italiens en haute mer ainsi que les aéronefs se trouvant dans un espace non soumis à la souveraineté d'un État sont considérés comme étant territoire italien »⁸⁵⁴. Le contrôle dit *de jure* exercé sur le navire de la garde italienne, et *a fortiori* sur les migrants qui se trouvent à son bord⁸⁵⁵ sont indiscutables. Sur le contrôle *de facto*, les faits sont clairs concernant le caractère « continu et ininterrompu » du contrôle exercé sur leur personne jusqu'à leur remise aux forces libyennes⁸⁵⁶. Voilà pourquoi la Cour considère les violations alléguées par les ressortissants érythréens et somaliens comme relevant de la juridiction de l'Italie au sens de l'article 1 de la ConvEDH⁸⁵⁷.

⁸⁵³ Le contrôle *de jure* est opposable à tous les États parties à la Convention de Montego Bay précitée, sachant que son article 94 dispose que « *Tout État exerce effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratif, technique et social sur les navires battant son pavillon* ».

⁸⁵⁴ Traduction extraite du § 18 de l'arrêt précité.

⁸⁵⁵ « *Dès lors qu'il y a contrôle sur autrui, il s'agit dans ces cas d'un contrôle de jure exercé par l'État en question sur les individus concernés. La Cour note par ailleurs que ledit principe est transcrit en droit national, à l'article 4 du code italien de la navigation, et n'est pas contesté par le gouvernement défendeur (paragraphe 18 ci-dessus). Elle en conclut que le cas d'espèce constitue bien un cas d'exercice extraterritorial de la juridiction de l'Italie, susceptible d'engager la responsabilité de cet État au sens de la Convention.* », § 77 *in fine* et § 78 de l'arrêt précité.

⁸⁵⁶ « *La Cour remarque que dans la présente affaire les faits se sont entièrement déroulés à bord de navires des forces armées italiennes, dont l'équipage était composé exclusivement de militaires nationaux. De l'avis de la Cour, à partir du moment où ils sont montés à bord des navires des forces armées italiennes et jusqu'à leur remise aux autorités libyennes, les requérants se sont trouvés sous le contrôle continu et exclusif, tant de jure que de facto, des autorités italiennes.* », § 79 *in fine* et § 81 de l'arrêt précité.

⁸⁵⁷ « *Partant, les faits dont découlent les violations alléguées relèvent de la « juridiction » de l'Italie au sens de l'article 1 de la Convention.* », § 82 de l'arrêt précité.

En faisant application de cette jurisprudence aux activités extraterritoriales espagnoles, le contrôle exercé sur les migrants interceptés par la Garde civile est *de jure* à partir du moment où les migrants se trouvent à bord d'un navire du service maritime de la Garde civile (SMGC).

Selon l'article premier du décret royal 246/1991 sur la régulation du SMGC, « les fonctions que la loi organique 2/1986 (...) sur les Forces et Corps de Sécurité, attribue au Corps de la Garde civile, s'exerceront dans les eaux maritimes espagnoles jusqu'à la limite extérieure de la mer territoriale conformément à la législation applicable et exceptionnellement, en dehors de la mer territoriale, conformément aux traités internationaux en vigueur »⁸⁵⁸ et selon l'article 4 de la loi 14/2014 sur la navigation maritime, « les normes de police de la navigation s'appliqueront à tous les navires qui se trouveront dans les espaces maritimes sur lesquels l'Espagne exerce sa souveraineté, des droits souverains ou sa juridiction »⁸⁵⁹. Le contrôle *de jure* exercé par la Garde civile sur les navires du SMGC ne fait aucun doute. Toutefois, l'affaire est moins aisée à partir du moment où les migrants se trouvent à bord d'un navire placé sous le contrôle *de jure* des forces du Pays tiers.

Sachant que le navire bat pavillon autre que celui de l'Espagne, la théorie du contrôle *de jure* est inapplicable. Cependant, la surveillance et la gestion extraterritoriales des frontières sont d'abord une affaire de la Garde civile. Par l'intermédiaire des Mémoires et autres accords inter-services de coopération opérationnelle proposés à ses homologues étrangers, elle est autorisée à s'associer aux opérations de terrain d'interception et de débarquement des migrants sur le territoire du Pays partenaire. Vu la nature et la portée des actions accomplies par la Garde civile, la juridiction de l'Espagne est tout à fait envisageable par le contrôle *de facto* qu'elle exerce sur les migrants. Par leur implication jusqu'au débarquement, les agents espagnols exercent *a fortiori* un contrôle continu et ininterrompu sur les migrants se trouvant à bord du navire. Par conséquent ces circons-

⁸⁵⁸ Real Decreto 246/1991, de 22 de febrero, por el que se regula el Servicio Marítimo de la Guardia Civil, BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1991, article premier (traduction personnelle). Pour de plus amples informations sur les activités du SMGC: [www. http://www.guardiacivil.es/es/institucional/Conocenos/especialidades/ServicioMaritimo/index.html](http://www.guardiacivil.es/es/institucional/Conocenos/especialidades/ServicioMaritimo/index.html)

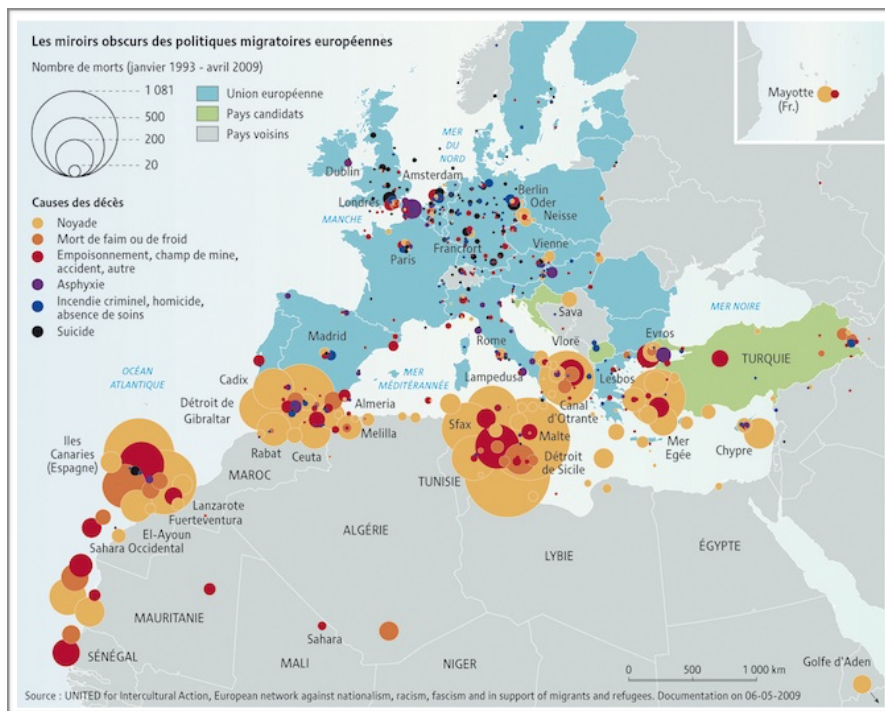
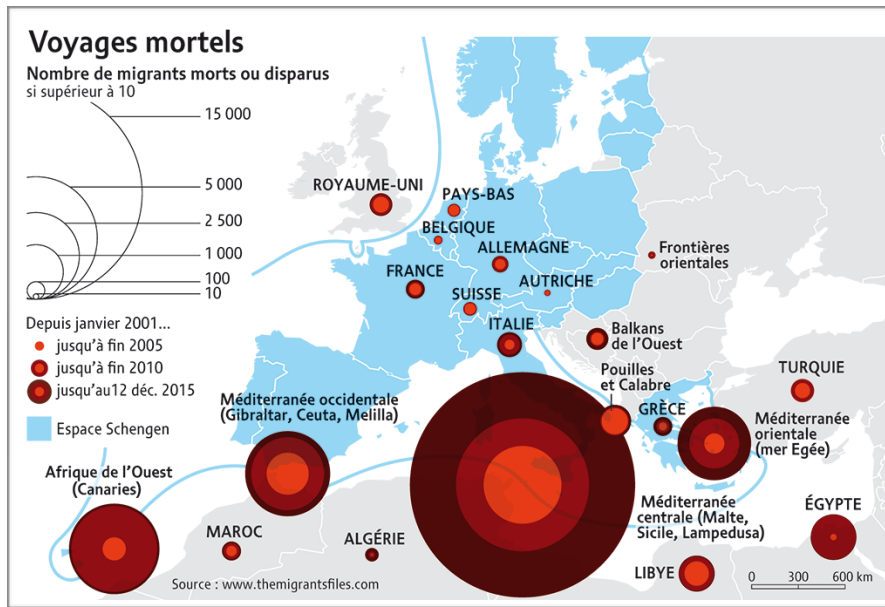
⁸⁵⁹ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014, point 1 de l'article 4 (traduction personnelle).

tances pourraient justifier que la CourEDH conclue à un exercice de juridiction par l'État espagnol, si les agissements de la Garde civile sont à l'origine du refoulement ou de l'expulsion collective de plusieurs étrangers pendant une opération conjointe dans les eaux territoriales des Pays tiers. Si l'article 3 ConvEDH consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui ne peut souffrir d'aucune dérogation⁸⁶⁰, s'opposer à l'exercice caractérisé de la juridiction de l'État espagnol reviendrait à soustraire toutes les activités extraterritoriales de gestion et de surveillance des frontières à l'empire de la ConvEDH. Or, la prééminence du droit y est fermement opposée. C'est exactement la pensée d'HERVIEU puisqu'« en se prononçant enfin sur la pratique d'interception en mer de groupes de réfugiés suivie d'un refoulement immédiat vers un pays tiers, la Cour européenne des droits de l'homme contribue à mettre un terme à cette idée et surtout à sortir ces migrants des limbes juridiques »⁸⁶¹. L'objectif de la CourEDH est clair : éviter la normalisation des drames en Méditerranée par une responsabilisation rapide des États qui se trouvent aux frontières extérieures du continent européen⁸⁶²:

⁸⁶⁰ CourEDH, *Soering*, précité, §88 ; *Vilvarajah*, précité, § 103.

⁸⁶¹ N. HERVIEU (juriste en droit public et droit européen des droits de l'homme, doctorant au Centre de Recherches et d'Etudes sur les Droits Fondamentaux (CREDOF - Université Paris Ouest), et collaborateur du cabinet Spinosi & Sureau et membre de l'IDHBP) « *Appréhension conventionnelle inédite de la pratique d'interception et de refoulement des groupes de réfugiés en haute mer* » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 février 2012. en ligne sur: <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>

⁸⁶² La première carte est associée à l'article de N. HERVIEU précité. Elle permet d'avoir une première idée de la gestion extraterritoriale des frontières et de la situation des migrations à l'ouest de la Méditerranée de 1993 à 2009. Concernant la deuxième carte: C. MARIN, « *Le droit d'asile remis en question* » (in *Le Monde diplomatique*, janvier 2016, Cartographie), et nous permet d'avoir une statistique actualisée du nombre de migrants morts ou disparus jusqu'au 12 décembre 2015 à l'ouest de la Méditerranée.



Malgré la proximité géographique et les moyens mis en oeuvre dans la coopération opérationnelle entre l'Espagne et ses premiers voisins de la corne ouest de l'Afrique, le nombre de décès est toujours aussi inquiétant, remettant clairement en cause l'efficacité des mesures prises jusqu'à ce jour depuis Madrid et Bruxelles.

II. Sur l'extension extraterritoriale de la responsabilité de l'Espagne

Il y a extension extraterritoriale de la responsabilité de l'Espagne dans la mesure où le refoulement est un fait générateur de responsabilité (A), qui va s'étendre à tous les dommages subis au Maroc (B).

A. Le refoulement des exilés depuis le territoire national comme fait générateur de responsabilité

Le régime spécial de Ceuta et de Melilla tel que visé dans la réforme de la loi 4/2000 sur les droits et libertés des étrangers⁸⁶³ autorise les agents de la Garde civile à remettre de façon sommaire et expéditive aux autorités marocaines les étrangers interpellés dans l'espace de blindages des deux enclaves autonomes sans procéder ni à leur identification ni à une quelconque prise en charge au titre de l'asile⁸⁶⁴.

Ces pratiques consistant à repousser les étrangers sans s'assurer qu'il n'existe aucun risque qu'ils soient soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants au Maroc et dans leur pays d'origine, correspondent au niveau universel à la définition du refoulement. En effet, il y a caractérisation d'un refoulement dès lors que l'État prive délibérément les étrangers qui se trouvent sur son territoire des garanties de protection contre tout type de renvoi vers un danger de persécution⁸⁶⁵. Si l'on reprend le point 1 de l'article 33 de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, il s'agit clairement d'une interdiction faite aux États contractants de

⁸⁶³ Sur l'analyse du régime spécial de Ceuta et de Melilla : Partie 1, Titre 1, Chap.2, Sect.1, §2.

⁸⁶⁴ Cf. Partie 1, Chap.1, Sec.1, §1, B. Des cartes explicatives et commentés permettent d'avoir une idée plus précise du système de blindage des enclaves autonomes.

⁸⁶⁵ Cf. Partie 1, Chap.1, Sec.2, §2, A.

ne pas renvoyer, de quelque manière que ce soit, un réfugié là où sa vie ou sa liberté serait menacée pour des raisons tenant à sa race, sa religion, sa nationalité, son appartenance à un certain groupe social ou à ses opinions politiques.

Pour être porteur de cet universalisme, l'Espagne ne peut pas se doter d'une loi qui, pour des raisons purement fonctionnelles, autorise le refoulement au Maroc, sans ignorer le relativisme des autorités marocaines concernant le caractère absolu du respect du non-refoulement et de la prohibition de la torture et des traitements contraires au sens commun. Cette résistance de l'Espagne à l'effectivité du droit international des réfugiés et des droits de l'homme sur ses propres frontières est une 'indiscipline' institutionnelle caractérisée face au droit international. Cette résistance résulte d'une d'une branche du droit peu coercitive dès lors qu'il s'agit d'obliger l'État à garantir le plein respect des normes impératives.

Le principe de non-refoulement et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants supplantent l'État dans sa forme la plus accomplie qu'elle soit⁸⁶⁶. La disposition additionnelle sur le régime spécial de Ceuta et Melilla, n'est pas en mesure d'assurer l'autorité du "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" porté par la ConvEDH en matière d'expulsion des étrangers⁸⁶⁷. Bien au contraire. En tant que limite

⁸⁶⁶, « *En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international* », ConvEDH, précitée, art. 15.1 ; Selon le point 2 de ce même article, « *la disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7* »,

⁸⁶⁷ « *Cette prohibition absolue, par la Convention, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants montre que l'article 3 (art. 3) consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. (...). Un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec (...) ce "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le Préambule, s'il remettait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 (art. 3), pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article (art. 3).* », CourEDH, *Soering c. RU* précité, §88. Sur le respect de la prééminence du droit dans le contentieux des frontières : Partie 1, Titre 1, Chap. 2, Sec. 1.

posée à l'effectivité du droit international général dans les politiques relatives aux contrôles aux frontières, cette réforme doit s'entendre comme une résistance 'souveraine' de plus en plus tenace face au droit international. Selon GUILHAUDIS, « les progrès du droit international, au cours des dernières décennies sont incontestables et importants. Pourtant, si on excepte ceux qui sont accomplis dans un cadre régional, comme avec la constitution progressive de l'UE, où la perspective n'est pas celle de la fin de la souveraineté mais plutôt celle de sa renaissance, et les progrès qui viennent conforter la souveraineté (...), ils semblent assez limités. On notera en particulier que, s'agissant du droit international général, s'imposant à tous les États, la souveraineté a fait peu de concessions remarquables, qu'il s'agisse de droits de l'homme, de droit de l'économie ou de droit de la sécurité internationale »⁸⁶⁸. Voilà pourquoi la marginalisation volontaire des instruments internationaux de protection telle que visée dans le régime spécial de Ceuta et de Melilla fragilise l'État espagnol et de toutes ses composantes. Sans un dessaisissement progressif - car nécessaire - du monopole policier sur la frontière sud du territoire, le Gouvernement législateur consent aux expulsions sommaires et expéditives des migrants, sans tenir compte de la nature irréversible du dommage causé dès la réalisation matérielle du refoulement, au détriment de l'obligation de ne pas expulser⁸⁶⁹. Selon les chiffres, 168 000 personnes ont vu leur entrée refusée sur le territoire espagnol en 2015, et 192 000 pour l'année 2016, sachant que la majorité des refus concernent les migrants qui se trouvent à la frontière hispano-marocaine⁸⁷⁰. L'impact de la nouvelle disposition sur la gestion et la surveillance des frontières espagnoles combinée à la coopération bilatérale en matière migratoire, est donc sans équivoque. Cependant, pris isolément, ces chiffres sont insignifiants. Il suffit de les

⁸⁶⁸ J.-F. GUILHAUDIS (Professeur émérite à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble), « *Relations internationales contemporaines* », 3ème édition, LexisNexis, §64, p.55.

⁸⁶⁹ CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni* précitée, §§ 90-91; *Vilvarajah* précitée §103; I; *H.L.R c. France*, §34; *Jabari c. Turquie* précitée §§ 38-39; *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, §315.

⁸⁷⁰ « *En 2016, l'Espagne a refusé l'entrée sur son territoire à presque 200 000 personnes, en majorité dans les enclaves de Ceuta et de Melilla, les seules frontières terrestres de l'Union avec l'Afrique.* », L. DELLE FEMMINE, D. ALAMEDA, J. GALÁN, « *Séis gráficos que explican a quién rechaza Europa en sus fronteras* », El País, 1/06/2017, en ligne sur: https://elpais.com/internacional/2017/05/29/actualidad/1496052597_771824.html

comparer à ceux qui concernent les frontières italiennes et grecques, pour constater l'intensité des refus opposés aux étrangers qui se sont présentés aux frontières espagnoles⁸⁷¹:

Années	Espagne	Italie	Grèce
2008	510 000	6 400	2 005
2009	387 000	3 700	3 000
2010	290 000	4 215	3 805
2011	227 655	8 635	11 160
2012	199 830	7 350	9 415
2013	192 775	7 370	6 995
2014	172 185	7 005	6 445
2015	168 345	7 425	6 890
2016	192 000	9 715	17 505
Sur 9 ans:	2 339 790	61 815	67 220

Les pics de l'année 2008 avec la crise des *cayucos*, celui de l'année 2011 suite aux révolutions arabes, puis celui de 2016 qui n'est qu'une conséquence de l'entrée en vigueur en 2015 de la disposition sur le régime spécial de Ceuta et Melilla, sont particulièrement significatifs sur l'assise sécuritaire de la stratégie espagnole sur ses propres frontières. Toutefois, ces chiffres sont d'autant plus inquiétants dès lors que le Gouvernement affirme ne plus enregistrer depuis 2015 les refus aux fron-

⁸⁷¹ Concernant les données chiffrées, celles-ci figurent dans les graphiques et tableaux qui se trouvent dans l'article précité. Tous les chiffres se trouvent également sur le site officiel de l'Agence Eurostat (<http://ec.europa.eu/eurostat/fr/data/database>), Base de données - Populations et conditions sociales - démographie et migration - asile et gestion des migrations - application de la législation d'immigration - Ressortissants de pays tiers auxquels l'entrée a été refusée aux frontières extérieures - données annuelles (arrondies) (migr_eirfs).

tières effectués par la Garde civile dans les périmètres frontaliers de Ceuta et Melilla, au motif que les migrants refoulés ne se trouvent pas en territoire espagnol⁸⁷².

La prétention du Gouvernement n'est pas fondée lorsqu'il considère l'espace de blindage comme un espace échappant à la juridiction espagnole⁸⁷³. Par conséquent, comment évaluer la pratique policière sur cet espace du territoire ? À quoi peuvent correspondre les données chiffrées des années 2015 et 2016 si sont exclus de la base de données les refus aux frontières qui concernent les étrangers se trouvant à Ceuta et Melilla ?

Quoi qu'il en soit, les étrangers qui se sont vus refuser l'entrée en Espagne, sont soit ceux qui ont déjà fait l'objet d'une mesure d'expulsion et d'une mesure d'interdiction, soit ceux qui n'ont pas réuni les conditions de l'article 25 de cette même loi⁸⁷⁴ les autorisant à entrer en Espagne. Cette procédure légale permet aux migrants d'expliquer les raisons pour lesquelles ils considèrent ce refus comme attentatoire à l'un des droits ou libertés, à la différence des refus aux frontières exécutés sur la base de la disposition additionnelle précitée. Si l'on reprend les chiffres officiels de l'année 2016, le pouvoir réglementaire aurait donc motivé 192 000 refus d'entrée, soit 526 mesures par jour c'est-à-dire 21 par heure, puis placé en rétention tous ceux qui n'ont pas pu être éloignés dans le délai

⁸⁷² Se référer aux articles suivants: « *El Gobierno afirma que no registra los rechazos en frontera en Melilla y Ceuta* », In El Faro Melilla, 22/06/2017, en ligne sur: <https://elfarodemelilla.es/2017/06/22/gobierno-afirma-no-registra-los-rechazos-frontera-melilla-ceuta/>; « *El Gobierno dice que no registra los rechazos en frontera en Ceuta y Melilla* », In DiarioSur, 22/06/2017 en ligne sur: <http://www.diariosur.es/agencias/andalucia/201706/21/gobierno-dice-registra-rechazos-994799.html>; « *Interior responde que no lleva registro de rechazos en frontera en Ceuta y Melilla desde 2015* », In Ceuta Actualidad, 04/07/2017, en ligne sur: <http://www.ceutaactualidad.com/articulo/inmigracion/interior-responde-no-lleva-registro-rechazos-frontera-ceuta-melilla-2015/20170704193204045468.html>; « *El Gobierno alega que no lleva un registro de rechazos en frontera porque no se hacen en suelo español* », Ceuta Al Día, 22/06/2017, en ligne sur: <http://www.ceutaldia.com/articulo/politica/gobierno-afirma-no-lleva-registro-rechazos-frontera-porque-no-hacen-territorio-espanol/20170622190923163227.html>; « *El Gobierno reconoce el descontrol en los 'rechazos en frontera' de las vallas de Ceuta y Melilla* », In Press Digital, 02/06/2017, en ligne sur: <http://www.pressdigital.es/texto-diario/mostrar/747596/gobierno-reconoce-descontrol-rechazos-frontera-vallas-ceuta-melilla>

⁸⁷³ Cf. Chapitre 2 de la Partie 1, du Titre 1.

⁸⁷⁴ « *Ne pourront entrer en Espagne, ni même obtenir un visa à cette fin, les étrangers qui ont été expulsés, pendant la durée de l'interdiction d'entrée (...)* », Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 10, de 12/01/2000, point 1 de l'article 26 (traduction personnelle); « *Aux étrangers qui ne remplissent pas les conditions établies pour l'entrée, leur seront refusés dans une décision motivée, contenant l'information sur les recours qui pourront être formés contre celle-ci, le délai approprié et l'autorité devant laquelle ils doivent être formalisés, et de son droit à un avocat, qui pourra être commis d'office, et d'un interprète (...)* », Ley Orgánica 4/2000 précitée, point 2 de l'article 26 (traduction personnelle)

légal de 72 heures⁸⁷⁵. Ces chiffres concernent-ils la situation des migrants qui se trouvent à la frontière hispano-marocaine? L'affaire semble tout aussi sinieuse.

Selon l'article 1 de l'accord de réadmission conclu entre l'Espagne et le Maroc, « les autorités frontalières de l'État requis réadmettront sur leur territoire, à la demande officielle des autorités frontalières de l'État requérant, les nationaux de Pays tiers qui seraient entrés illégalement sur le territoire de ce dernier en provenance de celui de l'État requis »⁸⁷⁶. Cela autorise l'Espagne (État requérant) à demander au Maroc (État requis), la réadmission de tous les étrangers qui ont transité pour rejoindre Ceuta ou Melilla. D'ailleurs, si l'on s'en remet à la configuration territoriale des enclaves, les migrants doivent *a fortiori* transiter par le Maroc pour rejoindre l'une des deux enclaves. Dès lors, nous savons que les membres de la Garde civile peuvent, en quelques heures seulement, remettre aux autorités marocaines les exilés dont l'entrée a été refusée sur la base de l'article 26 de la loi 4/2000 avant l'expiration du délai légal de 72 heures, sans qu'ils aient eu la possibilité de contester ni la mesure de refus d'entrée, ni celle concernant leur remise aux autorités marocaines⁸⁷⁷. Mais ces personnes sont-elles comprises, ou exclues des statistiques officielles comme celles qui se sont vues refusées l'entrée en Espagne, puis refoulées au Maroc conformément à la disposition sur le régime spécial des enclaves? Aucune certitude à ce sujet.

Les chiffres sur les contrôles à la frontière hispano-marocaine ne permettent pas de vérifier l'efficacité des opérations de terrain sur cet espace du territoire qui d'ailleurs, n'a jamais fait l'unanimité

⁸⁷⁵ Selon le § 2 du point 1 de l'article 60 de la loi 4/2000 précitée, si l'étranger n'a pas été reconduit dans le délai de 72 heures qui court à partir de la notification du refus d'entrée, l'autorité qui lui a refusé cette même entrée devra saisir le juge d'instruction afin de déterminer le lieu où le migrant sera placé en rétention. En 2016, seulement 7597 étrangers ont été placés en rétention dans toute la péninsule ibérique et 2205 expulsions ont été effectives (https://elpais.com/elpais/2017/01/26/media/1485449860_474881.html).

⁸⁷⁶ Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992, article 1 (traduction personnelle).

⁸⁷⁷ Sur l'analyse du droit à la protection juridictionnelle effective appliqué au régime spécial de Ceuta et Melilla, Cf. Partie 1, Titre 1, Chap.1, Sect.2, §2, B.

lorsqu'il s'agit d'assurer la protection juridictionnelle effective du droit à ne pas être refoulé⁸⁷⁸. D'ailleurs, cette part d'ombre qui s'applique à la frontière hispano-marocaine, n'est qu'une conséquence de la marginalisation croissante des instruments de protection en zone transfrontalière. Voilà pourquoi l'article 26 de la loi 4/2000, tel que rédigé, n'est pas une disposition en mesure d'empêcher l'expulsion sommaire et expéditive des migrants. Bien au contraire. En incitant les membres de la Garde civile à regarder l'irrégularité du franchissement frontalier comme une altération naturelle de la sécurité publique sans prise en compte initiale de la vulnérabilité présumée des individus, la loi fait primer l'intérêt opérationnel sur celui des exilés. C'est en quelque sorte, un marqueur de souveraineté clairement orienté sur une pratique expéditive du renvoi des migrants au Maroc depuis les enclaves de Ceuta et de Melilla qui, du point de vue du droit international, implique des effets juridiques directs à l'extérieur du territoire espagnol.

⁸⁷⁸ Cf. Titre 1 de la Partie 1.

B. L'irréversibilité des dommages causés sur le territoire marocain comme faits imputables à l'Espagne

Le refoulement des migrants qui se trouvent aux abords des enclaves, ou dans le blindage policier de la nouvelle frontière opérationnelle entre le Maroc et l'Espagne⁸⁷⁹ n'est pas sans effet sur la destinée des exilés, dès leur placement sous le contrôle exclusif et continu de la Gendarmerie marocaine. Cette remise policière, qui n'est que la conséquence logique de la coopération opérationnelle entre les deux polices et leur Ministère de tutelle, va définitivement modifier le parcours migratoire de ces personnes, et accentuer de façon significative leur vulnérabilité. Pour ces raisons, nous assistons à une fragilisation évidente de l'intégrité physique et mentale des migrants refoulés, à partir du moment où ils sont privés du statut juridique que leur reconnaît l'article premier de la Convention de Genève, c'est-à-dire celui qui les autorise à faire valoir les raisons pour lesquelles ils ont décidé de quitter leur propre pays⁸⁸⁰. À cette altération évidente du droit de demander l'asile en Espagne, laquelle se concrétise par la remise des exilés aux autorités marocaines, s'ajoute la dénaturation du principe de défense d'expulsion et de refoulement tel que visé au point 1 de l'article 33 de la Convention de Genève⁸⁸¹. Ces deux omissions imputables à l'État espagnol au titre de la Convention, sont les deux faits générateurs de la matérialisation du risque de torture, de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sur le territoire marocain qui, du point de vue du droit inter-

⁸⁷⁹ Cf. Partie 1, Chap.2, Sect. 1, II, B.

⁸⁸⁰ « Aux fins de la présente Convention, le terme "réfugié" s'appliquera à toute personne : (...) Qui, par suite d'événements survenus avant le 1er janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner. », point A. (2), article premier de la Convention de Genève sur le statut de réfugié précitée.

⁸⁸¹ « Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques », point 1 de l'article 33 de la Convention de Genève sur le statut de réfugié précitée.

national et européen des droits de l'homme, n'emporte pas l'extinction de la juridiction espagnole. L'acte matériel consistant à remettre sommairement les migrants à la Gendarmerie marocaine, a indubitablement scellé le sort des migrants à la juridiction de l'État espagnol, par le caractère irréversible des dommages causés dès leur placement sous le contrôle des forces marocaines. En effet, les craintes de mauvais traitements susceptibles d'être infligés de l'autre côté des *vallas*, ne sont pas injustifiées si l'on s'en remet aux différents rapports internationaux sur les politiques particulièrement répressives et violentes à l'encontre des migrants qui se trouvent au Maroc, ou à son droit interne qui n'est pas en mesure d'assurer a minima la protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux face à la torture ou aux traitements inhumains et dégradants. Comme nous l'avons déjà signalé, de l'interpellation du réfugié par la Garde civile jusqu'à sa remise à la Gendarmerie marocaine, il n'est question que de quelques minutes⁸⁸². D'ailleurs, il suffit de consulter les enregistrements vidéos publiés dans différents médias, pour mesurer la rapidité des expulsions organisées sur cette frange du territoire national, sans compter la violence qui les a rendu tristement célèbres⁸⁸³. Que se passe-t-il ensuite, lorsque cette remise a été exécutée et que le migrant se trouve placé sous le contrôle de la Gendarmerie marocaine? Il ressort de l'article 50 de la loi relative à l'entrée et du séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, que toute personne qui quitte le territoire marocain de façon clandestine par des issues ou des lieux autres que les postes frontières établis, sera puni d'une amende de 3000 à 10 000 dirhams et/ou d'une peine

⁸⁸² Cf. Partie 1, Titre 1, Chap.1, Sect.2, §2, B.

⁸⁸³ Sur la violence des interpellations et des remises sommaires et expéditives de migrants par la Garde civile aux forces marocaines: « *Así son las devoluciones en caliente en Melilla, según los agentes de la frontera* », eldiario.es, http://www.eldiario.es/desalambre/devoluciones-caliente-Melilla-agentes-frontera_0_382162538.html; « *VÍDEOS | La Guardia Civil deja inconsciente a palos a un inmigrante y lo devuelve atado de pies y manos* », eldiario.es, http://www.eldiario.es/desalambre/VIDEOS-Guardiua-Civil-ilegalmente-inmigrante_0_314268729.html; « *La Justicia no ve prevaricación en la 'devolución en caliente' de inmigrantes en Melilla* », elmundo.es, <http://www.elmundo.es/espana/2015/04/22/5537bbb422601dc4728b4582.html>; Consulter le site de l'association Prodein Melilla: <https://encuentromelillafronterasur.wordpress.com/videos/>

d'emprisonnement de un à six mois⁸⁸⁴. Dès lors que les exilés interceptés dans les enclaves sont nécessairement passés par le Maroc pour ensuite rejoindre Ceuta ou Melilla, cette mesure est opposable à tous les refoulés remis par l'Espagne aux autorités marocaines. Par conséquent, elle autorise la Gendarmerie à interpellé ces personnes⁸⁸⁵ pour les transférer au Commissariat le plus proche, dans lequel elles seront gardées à la disposition des autorités pendant une durée de 48 heures⁸⁸⁶.

Durant cette première période de privation légale de liberté, l'officier de police judiciaire a la possibilité d'auditionner les gardés à vue à des fins d'identification, permettant ainsi au Parquet du Roi de poursuivre - ou non - le migrant pour délit d'émigration irrégulière, et au Ministre de l'Intérieur de décider de sa reconduite à la frontière⁸⁸⁷ ou de son expulsion si l'atteinte à l'ordre public est caractérisée⁸⁸⁸. Dans les faits, les éloignements semblent échapper à l'empire de la procédure prévue à cet effet puisque, si l'on s'en remet aux observations du GADEM, « les étrangers sont refoulés sur

⁸⁸⁴ « Est puni d'une amende de 3000 à 10 000 dirhams et d'un emprisonnement de un mois à six mois, ou de l'une de ces deux peines seulement, sans préjudice des dispositions du code pénal applicables en la matière, toute personne qui quitte le territoire marocain d'une façon clandestine, en utilisant, au moment de traverser l'un des postes frontières terrestres, maritimes ou aériens, un moyen frauduleux pour se soustraire à la présentation des pièces officielles nécessaires ou à l'accomplissement des formalités prescrites par la loi et les règlements en vigueur (...), ainsi que toute personne qui s'introduit dans le territoire marocain ou le quitte par des issues ou des lieux autres que les postes frontières créés à cet effet », Dahir n°1-03-196 du 16 ramadan 1424 (11 novembre 2003) portant promulgation de la loi n°02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, Bulletin officiel n°5162-25 ramadan 1424 (20-11-2003) - 1295, publiée en arabe au Bulletin officiel n° 5160 du 13 novembre 2003 et en français au Bulletin officiel n° 5162 du 20 novembre 2003, article 50;

⁸⁸⁵ Sur l'usage disproportionné de la force par les autorités marocaines durant la remise des migrants par les membres de la Garde civile, se référer au rapport de Migreurop: « Ceuta et Melilla, centres de tri à ciel ouvert aux portes de l'Afrique », Rapport conjoint, Décembre 2015, pp. 43-45.

⁸⁸⁶ « Si pour les nécessités de l'enquête l'officier de police judiciaire est amené à garder à sa disposition une ou plusieurs des personnes visées à l'article 67 ci-dessus, il ne peut les retenir plus de quarante-huit heures. », Dahir n° 1-58-261 du 1er chaabane 1378 (10 février 1959), Code de procédure pénale, article 68, §1. Cette privation légale de liberté est applicable au titre de l'article 72 de ce même code, selon lequel « les dispositions des articles 59 à 71 sont applicables, au cas de délit flagrant, dans tous les cas où la loi prévoit une peine d'emprisonnement. ».

⁸⁸⁷ Selon le point 1 de l'article 21 de la loi 02-03 précitée, le Ministre de l'Intérieur peut ordonner la reconduite à la frontière de l'étranger qui ne peut pas justifier être entré régulièrement sur le territoire marocain. Concernant l'accès aux droits, l'article 23 de cette même loi dispose que l'étranger a la possibilité de contester cette mesure dans un délai de quarante-huit heures suivant la notification de la décision de reconduite, devant le Président du tribunal administratif, lequel doit statuer dans un délai de 4 jours francs à compter de sa saisine par l'étranger. Aucune mention n'est faite concernant la suspension de l'exécution de la reconduite lorsque le juge est saisi, à l'exception de l'appel devant la chambre administrative de la Cour suprême qui, selon le §6 de l'article 24, n'est pas suspensif. Par conséquent, l'éloignement de l'étranger peut être exécuté dès la notification de la mesure portant sa reconduite, y compris si ce dernier a déposé une requête devant le juge administratif.

⁸⁸⁸ Se référer au Chapitre IV de la loi 02-03 précitée.

ordre du Procureur du Roi adressé aux forces de l'ordre sans qu'aucune décision ne soit formalisée, ni a fortiori ne leur soit notifiée, et sans leur permettre de contacter qui que ce soit, leur téléphone leur étant souvent confisqué »⁸⁸⁹. Or, si l'on s'en remet à l'article 21 de la loi 02-03 précité, la procédure d'éloignement relève exclusivement du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire du Ministre de l'Intérieur, ou d'un agent de son administration bénéficiant d'une délégation de signature préalablement publiée⁸⁹⁰, et non du Parquet ou des forces de l'ordre. Ce détournement de pouvoirs à l'initiative du Ministère public, consistant à décider unilatéralement de la reconduite à la frontière en dehors du cadre légal et des compétences que lui attribue la loi pénale dont celle de requérir l'application de la loi⁸⁹¹ correspond à une expulsion illégale (non conforme à la procédure applicable) et arbitraire (pour dépendre de la seule bonne volonté du Parquet)⁸⁹² qui d'ailleurs, n'avait pas échappé au groupe de travail sur la détention arbitraire près le Conseil des droits de l'homme au cours de

⁸⁸⁹ GADEM, « *Le cadre relatif au statut des étrangers au Maroc Un guide juridique pratique actualisé et participatif* », rubrique 'La procédure applicable aux décisions de reconduite à la frontière', 24 novembre 2014, en ligne sur: <https://gadem-guide-juridique.info/eloignement-territoire/reconduite-frontiere/procedure-reconduite/la-procedure-applicable-aux-decisions-de-reconduite-a-la-frontiere/>

⁸⁹⁰ Seul le ministre de l'intérieur dispose de la compétence réglementaire pour prendre une décision de reconduite à la frontière, ou un de ses agents « *que s'il bénéficie d'une délégation de signature qui, pour être valable, ne doit pas être générale mais préciser à quel type de décision elle s'applique, et avoir été préalablement publiée* » (se référer au document en ligne de l'organisation précité, rubrique 'L'autorité compétente').

⁸⁹¹ « *Le ministère public est chargé de l'exercice et du contrôle de l'action publique dans les conditions déterminées aux articles suivants. Il requiert l'application de la loi.* », Dahir n° 1-58-261 du 1er chaabane 1378 (10 février 1959), Code de procédure pénale précité, article 34. Concernant le Procureur du Roi, se reporter aux articles 37 à 44 de cette même loi.

⁸⁹² Ceci pourrait s'apparenter à une voie de fait. Selon M.A.BENABDALLAH (Professeur à l'Université Mohammed V Rabat-Souissi), « *On mentionnera cependant que les voies de faits portant sur les libertés sont extrêmement rares ; ceci ne veut pas dire qu'il n'y en a pas, mais dans la jurisprudence on n'en trouve guère pour ne pas dire aucune. En tout cas, dans la jurisprudence des tribunaux administratifs, on n'en relève aucune ! Sans doute ceux qui en sont victimes préfèrent-ils garder le silence sachant que, la voie de fait consommée et le mal déjà produit, il n'y a plus rien à constater ou faire cesser et que toute réparation, si intégrale fût-elle, ne serait jamais à la mesure du préjudice subi !* » (in « *La voie de fait administrative en droit marocain* », Contribution aux mélanges offerts au Doyen Yadh Ben Achour, Centre de Publication universitaire, Tunis, 2008, p. 669 et suiv. ; REMALD n°80, 2008, p. 9 et suiv.). Par conséquent, il apparaît difficile pour les migrants victimes d'un refoulement de pouvoir engager la responsabilité de l'État pour une atteinte manifestement grave et illégale aux droits et libertés reconnus aux articles 20 à 23 de la Constitution du Royaume du Maroc (référence: Dahir n°1-11-91 du 27 Chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation de la Constitution, Bulletin Officiel n° 5964 bis du 28 Chaâbane 1432 (30 juillet 2011)).

sa visite au Maroc. Dans son rapport publié en Août 2014⁸⁹³, ce dernier a reçu des informations concernant les éloignements de plusieurs migrants - qu'ils soient en situation irrégulière ou demandeurs d'asile - exécutés en totale contradiction avec l'article 22 de la Constitution lequel interdit la torture ainsi que tout type de traitements cruels, inhumains, dégradants ou portant atteinte à la dignité ⁸⁹⁴. Selon lui, « des centaines de migrants auraient été abandonnés dans le désert sans eau ni nourriture. Le Maroc n'a pas fourni d'informations concernant ces allégations ou sur les lieux et les régimes de détention des étrangers en attente d'expulsion qui ne relèvent pas de l'administration pénitentiaire »⁸⁹⁵. Ces atteintes portés au droit à la vie qui, combinés à la brutalité des remises et des transferts⁸⁹⁶, doivent être considérés comme des violences faites au contrat universel conclu dans le cadre du PIDCP et de la DUDH, à partir du moment où cette règle de droit, est clairement dépouillée de sa propre substance. En effet, quel sens donné à la fundamentalité du droit à la vie si dans les faits il est illusoire?

La souveraineté personnelle, celle de l'être humain détaché du groupe auquel il appartient, ne nécessite aucune abdication consentie⁸⁹⁷ au profit de l'institution politique, à partir du moment où elle s'entend comme une condition inhérente à l'existence de l'être comme sujet de droit. Voilà pourquoi le droit à la vie fait partie des « règles intemporelles et communes au genre humain, qui se

⁸⁹³ Conseil des droits de l'homme, Vingt-septième session - Point 3 de l'ordre du jour - Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire* - Additif -Mission au Maroc, 4 août 2014, A/HRC/27/48/Add.5

⁸⁹⁴ « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité physique ou morale de quiconque, en quelque circonstance que ce soit et par quelque personne que ce soit, privée ou publique. Nul ne doit infliger à autrui, sous quelque prétexte que ce soit, des traitements cruels, inhumains, dégradants ou portant atteinte à la dignité. La pratique de la torture, sous toutes ses formes et par quiconque, est un crime puni par la loi. », Dahir n°1-11-91 du 27 Chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation de la Constitution, Bulletin Officiel n° 5964 bis du 28 Chaâbane 1432 (30 juillet 2011), article 22.

⁸⁹⁵ Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire* - Additif -Mission au Maroc, 4 août 2014, A/HRC/27/48/Add.5, §58, p.14.

⁸⁹⁶ « Le Groupe de travail prend note des dispositions juridiques régissant les mesures d'éloignement des migrants illégaux (...). Toutefois, le Groupe de travail a reçu des allégations concernant des arrestations massives et des violences commises pendant des rafles, et la détention des migrants et des demandeurs d'asile, en particulier dans le nord du pays. », Conseil des droits de l'homme, Rapport précité, point 57, p.14.

⁸⁹⁷ L. FAVOREU, *Droits des libertés fondamentales*, 7ème édition, Dalloz, §§ 22 p.21.

confondent peu à peu avec une sorte de morale valable pour tous en tout temps, intériorisée comme l'affirme Kant, et parmi lesquelles vont figurer les droits individuels et le respect qui leur est dû »⁸⁹⁸. Si l'on suit cette logique, l'action du législateur marocain est essentielle s'il souhaite s'assurer que les migrants reconduits ou expulsés ne seront pas soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains et dégradants.

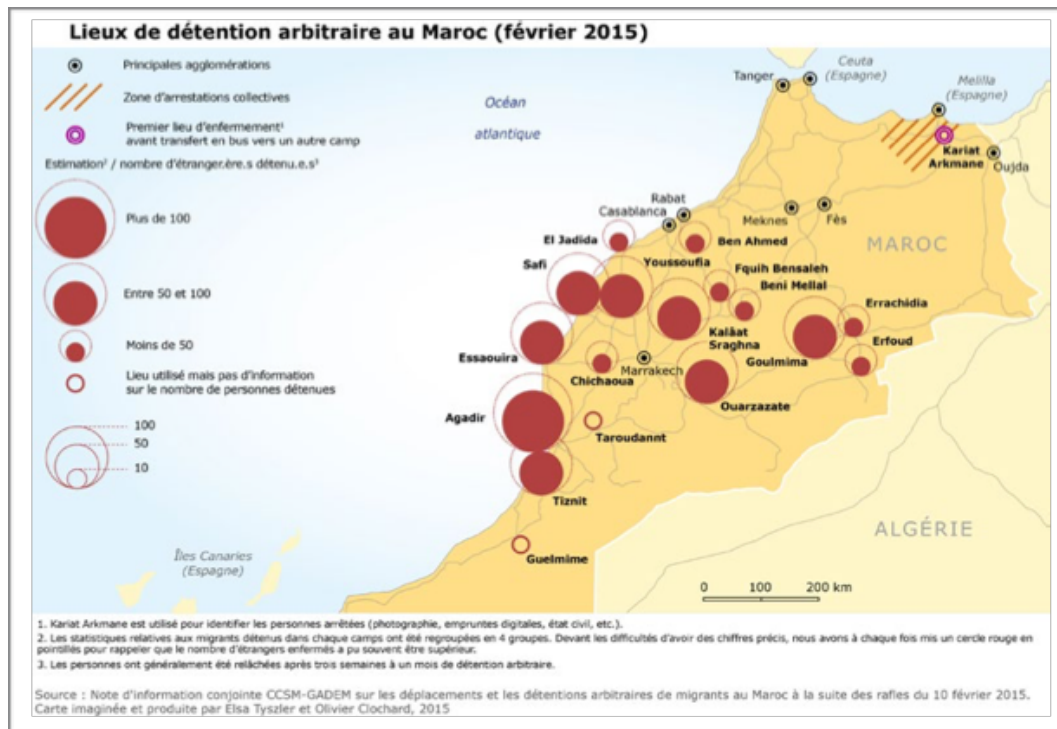
Il serait opportun de revoir l'effectivité des procédures administratives des chapitres III et IV de la loi 02-03, pour donner davantage de substance aux libertés et droits fondamentaux du titre II de la Constitution marocaine⁸⁹⁹, lorsque le Ministre de l'intérieur décide de reconduire à la frontière ou d'expulser un migrant conformément au titre II de la Constitution droits fondamentaux constitutionnels. Par le mécanisme de saisine obligatoire du juge par le Ministre de l'Intérieur ou son représentant de l'article 35 de la loi, l'exilé serait assuré, *a minima*, d'une possibilité d'ester en justice pour contester la légalité de sa remise ou de son interpellation, ainsi que de toute la procédure relevant de la privation de liberté. Cela permet d'aboutir à un contrôle juridictionnel des activités du Ministère de l'Intérieur et du Parquet dans la mise en oeuvre de la loi 02-03 relative à l'entrée et du séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, conformément à l'article 117 de la Constitution lequel dispose que « le juge est en charge de la protection des droits et libertés et de la sécurité judiciaire des personnes et des groupes, ainsi que de l'application de la loi ». D'ailleurs, sur la privation de liberté à des fins d'éloignement des étrangers, l'article 34 de la loi 02-03 prévoit leur maintien dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire⁹⁰⁰ et donc, leur non-assimilation aux personnes détenues coupables d'un délit ou d'un crime

⁸⁹⁸ L. FAVOREU, *Droits des libertés fondamentales*, 7ème édition, Dalloz, §§ 8 *in fine*, p.7.

⁸⁹⁹ Il s'agit ici des articles 20 (sur le droit à la vie), 21 (sur le droit à la sûreté), 22, (sur l'interdiction des atteintes à l'intégrité physique, et autres pratiques que ce soient les traitements cruels inhumains ou dégradants ainsi que la torture), et 23 (pas de peine sans loi) de la Constitution marocaine précitée.

⁹⁰⁰ « Peut être maintenu, s'il y a nécessité absolue, par décision écrite et motivée de l'administration, dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ, l'étranger qui : 2 - faisant l'objet d'une décision d'expulsion, ne peut quitter immédiatement le territoire marocain ; 3 - devant être reconduit à la frontière et qui ne peut quitter immédiatement le territoire marocain », la loi n°02-03 relative à l'entrée et au séjour des étrangers au Royaume du Maroc, à l'émigration et l'immigration irrégulières, article 34.

de droit commun. Dans les faits, cette rétention ne revêt pas le caractère préventif souhaité par le législateur. Il s'agit davantage d'une détention telle que visée à l'article 29 du droit pénal marocain⁹⁰¹, et concerne de nombreux migrants sur le point d'être reconduits ou expulsés, sans qu'un juge soit en mesure d'en apprécier la légalité. Il suffit de constater l'ampleur de cette pratique par le nombre élevé de lieux de détention arbitraire des étrangers qui jonchent le territoire marocain⁹⁰²:



Voilà pourquoi le Groupe de travail du Comité des Droits de l'Homme recommande aux autorités du Maroc de « s'assurer que les garanties juridiques régissant la pratique de reconduite à la frontière des migrants sans papiers et l'expulsion de ressortissants étrangers soient effectivement appliquées et que de telles pratiques et expulsions soient effectuées conformément au droit international et national. Le Gouvernement devrait demander des enquêtes impartiales et efficaces sur les allégations

⁹⁰¹ « La peine de la détention s'exécute dans les prisons civiles ou dans leurs annexes, avec travail obligatoire à l'intérieur ou à l'extérieur, hors le cas d'incapacité physique constatée. », Dahir n° 1-59-413 du 28 Joumada II 1382 (26 novembre 1962) portant approbation du code pénal, Bulletin Officiel n° 2640 bis du mercredi 5 juin 1963, p. 843, article 29.

⁹⁰² La carte est tirée du rapport de Migreurop, *Ceuta et Melilla, centres de tri à ciel ouvert aux portes de l'Afrique*, pré-cité, Décembre 2015, p. 12.

de mauvais traitements ou d'usage excessif de la force lors des expulsions de migrants »⁹⁰³, et « envisager différentes mesures non privatives de liberté, telles que l'obligation de faire rapport, avant de recourir à la détention des migrants, réfugiés et demandeurs d'asile »⁹⁰⁴. Effectivement, la détention des étrangers est une infraction à l'article 34 de la loi 02-03, à partir du moment où les autorités ont décidé de donner un sens répressif à une procédure au demeurant civile⁹⁰⁵. Par conséquent, se produit une altération manifeste du principe de légalité, qui place les migrants dans une situation de vulnérabilité extrême quand le caractère arbitraire de cette détention⁹⁰⁶ autorise les forces de l'ordre à décider de façon unilatérale du sort de chacun des migrants placés sous leur surveillance, sans que le juge des référés ait un mot à dire sur la compatibilité de ce comportement à l'empire de la loi et de la Constitution. En l'absence d'un mécanisme concret et non illusoire portant sur le contrôle de l'enfermement des étrangers au Maroc, la supervision judiciaire des reconduites à la frontière apparaît difficilement concevable, ouvrant une brèche au refoulement policier des étrangers⁹⁰⁷ notam-

⁹⁰³ Conseil des droits de l'homme, Rapport précité, *Recommandations*, point r, p.19.

⁹⁰⁴ Conseil des droits de l'homme, Rapport précité, *Recommandations*, point s, p.19.

⁹⁰⁵ Voir en ce sens l'article 35 de la loi 02-03 précitée. Sur l'organisation du système judiciaire marocain, se référer au site de l'Institut d'études sur le droit et la justice dans les sociétés arabes, « *L'organisation judiciaire du Maroc* », 'Fiches pays', mars 2014, en ligne sur: <http://iedja.org/lorganisation-judiciaire-du-maroc/>

⁹⁰⁶ La détention arbitraire des étrangers est en totale contradiction avec l'article 23 de la Constitution du Maroc précitée, selon lequel: « *Nul ne peut être arrêté, détenu, poursuivi ou condamné en dehors des cas et des formes prévus par la loi. La détention arbitraire (...) sont des crimes de la plus grande gravité et exposent leurs auteurs aux punitions les plus sévères. Toute personne détenue doit être informée immédiatement, d'une façon qui lui soit compréhensible, des motifs de sa détention et de ses droits, dont celui de garder le silence. Elle doit bénéficier, au plus tôt, d'une assistance juridique et de la possibilité de communication avec ses proches, conformément à la loi* » (extrait).

⁹⁰⁷ Comité des droits de l'homme, « *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 40 du Pacte - Sixièmes rapports périodiques des États parties attendus en 2008 - Maroc* », 31 août 2015, CCPR/C/MAR/6, dans lequel ce dernier rappelle à la p.1 que « *Le Maroc a obtenu, par une décision du 21 juin 2011 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le statut de «Partenaire pour la démocratie» auprès de cette Assemblée, et une coopération tripartite Maroc/Conseil de l'Europe/Union européenne est établie* ». La nouvelle Constitution est porteuse de cette volonté de garantir au moins sur la forme, les libertés et droits fondamentaux. Cependant, cette protection ne peut pas être efficace, si elle n'est pas avant tout 'juridictionnelle', surtout dans le contentieux des étrangers. Le cadre légal portant sur l'éloignement des étrangers au Maroc (pp. 21-22 du rapport du Conseil des droits de l'Homme précité), est encore fragile lorsqu'il s'agit d'assurer le principe de non-refoulement.

ment vers l'Algérie⁹⁰⁸ ; ce qui dénature de façon significative la substance de l'article 22 de la Constitution marocaine⁹⁰⁹. Cette pratique a été dénoncée par le GADEM et le CMSM⁹¹⁰ dans une note d'information conjointe⁹¹¹, dans laquelle ils rappellent que les migrants refoulés à la frontière algéro-marocaine sont clairement exposés à des violences graves de la part des autorités fronta-

⁹⁰⁸ Selon l'article 30 de la loi 02-03 précitée (extrait), « *la décision fixant le pays de renvoi constitue une décision distincte de la mesure d'éloignement elle-même. Le recours contre cette décision n'a pas d'effet suspensif dans les conditions prévues à l'article 24 si l'intéressé n'a pas formé le recours prévu à l'article 28 ci-dessus contre la décision d'expulsion ou de reconduite prononcée à son rencontre.* ». L'étranger dispose d'une voie de recours pour contester la légalité externe et interne de la décision fixant le pays vers lequel il sera reconduit. En l'absence d'effet suspensif, ce recours ne peut pas être considéré comme effectif.

⁹⁰⁹ Le refoulement est une pratique qui inflige à celui qui le subit, un traitement cruel, inhumain, dégradant. Par conséquent, cette pratique est une violation grave de l'article 22 de la Constitution marocaine précitée.

⁹¹⁰ Le CMSM est le Conseil des migrants subsahariens au Maroc. Il est partenaire du GADEM et de nombreuses associations de défense de étrangers.

⁹¹¹ « *Ils font très souvent l'objet de « ping pong » entre les autorités marocaines et algériennes qui les pourchassent parfois à coups de gourdins et d'armes à feu. C'est le cas de deux migrants interpellés pendant une rafle à Nador le 12 avril 2012 avec un groupe de 20 personnes. Au cours de leur refoulement, ils ont tenté de fuir en sautant de l'autocar. Les deux victimes ont été évacuées par la protection civile à l'hôpital Hassani de Nador où l'une d'elles a succombé à ses blessures. D'autres personnes témoignent de violences orchestrées par les forces de l'ordre : 'Vers minuit, 1 heure du matin, on nous a fait sortir de la cellule pour nous remettre dans des voitures, il y avait près de 60 personnes, il faisait noir, il y avait huit militaires armés avec des mitraillettes. Ils nous ont conduits à la frontière, là, c'est le sauve qui peut parce qu'on entend des coups de feu, on ne sait pas qui tire, si ce sont les militaires marocains ou bien si ce sont les Algériens. On nous repousse des deux côtés, alors on s'est dispersé...'*, Témoignage recueilli à Rabat le 10/07/2012 », CMSM et GADEM, Note d'information conjointe, « *La recrudescence de la répression contre les migrants au Maroc* », Septembre 2012, p.6, en ligne sur: http://www.gadem-asso.org/wp-content/uploads/2016/05/2012_09_02-NoteCMSM_GADEM_pdf.pdf;

lières, les rendant plus vulnérables puisqu'ils sont empêchés dans leur mouvement⁹¹². Dès lors, quelle peut-être l'issue du parcours migratoire des exilés s'ils n'ont pas été en mesure, à la frontière de trois États, de faire valoir les raisons pour lesquelles ils ont été forcés de quitter leur pays d'origine? La frontière ne serait-elle pas une barrière à la prééminence du droit, dans la mesure où les polices espagnole, marocaine et algérienne apparaissent comme un obstacle difficilement surmontable aux malheurs des exilés? Le refoulement, en tant que pratique récurrente et commune aux frontières de l'Espagne avec le Maroc et du Maroc avec l'Algérie, est le signe d'une contrariété évidente du droit interne quant à la réception du droit international des réfugiés et des droits de l'homme en son sein. Preuve en est de la disposition additionnelle sur le régime spécial de Ceuta et de Melilla, ou des carences systémiques de la loi 02-03 dès lors qu'il est question d'assurer le respect absolu du principe de non-refoulement en fait et en droit. Cet obstacle à l'interdépendance - pourtant essentielle - des deux ordres juridiques, doit s'entendre comme une décision des responsables politiques, c'est-à-dire un parti pris des gouvernants contre l'internationalisation du droit des réfugiés et des droits de l'homme. Or, il n'est pas demandé aux États de consentir à leur universalisation.

⁹¹²« *Les migrants qui ont été expulsés du Maroc vers l'Algérie ont fait part d'abus similaires aux mains des autorités marocaines et algériennes à la frontière, qui, selon les propos des migrants, ont utilisé la force ou menacé d'utiliser la force.* », HRW, « *Abus et expulsions - Les mauvais traitements infligés aux migrants d'Afrique subsaharienne au Maroc* », Version abrégée en français du rapport « *Abused and Expelled* », 2014, p.4, en ligne sur: https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/morocco0214fr_ForUpload.pdf; « *Au moins 34 personnes de nationalités camerounaise, guinéenne, ivoirienne, malienne et sénégalaise ont été arrêtées et refoulées entre le 2 et le 10 mars à la frontière entre le Maroc et l'Algérie. Parmi elles, une dizaine de mineurs. Certains de ces Subsahariens étaient sur le territoire marocain depuis plusieurs années, ou en cours de régularisation de leur situation dans le cadre de la seconde phase de l'opération lancée au Maroc en décembre dernier. Selon les ONG de défense des migrants, ces personnes auraient subi des violences de la part des forces de l'ordre marocaines et algériennes, et été laissées sans nourriture dans le no man's land entre les deux pays, une zone connue des contrebandiers. Du "jamais vu" depuis le lancement de la nouvelle politique migratoire au Maroc en 2013.* », A. LEFÉBURE (journaliste), article « *Des Subsahariens coincés dans le no man's land entre le Maroc et l'Algérie, les ONG dénoncent un 'dérapiage'* », HuffPost Maroc, 15 mars 2017, en ligne sur: http://www.huffpostmaghreb.com/2017/03/15/subsahariens-coincees-maroc-algerie-ong-derapage_n_15381494.html; « *Ces migrants, originaires notamment du Cameroun et du Mali, affirment qu'ils ont été arrêtés dans les rues d'Oujda, dans l'est du Maroc. Ils disent avoir été emmenés dans un commissariat où leurs empreintes ont été prélevées, puis conduits à la frontière avec l'Algérie, à une trentaine de kilomètres de là. Depuis Oujda, ils avaient l'intention de rejoindre les enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla en territoire marocain. Depuis, ils sont pris en étau entre les postes-frontières des deux pays. Quand ils essayent de passer côté algérien, ils affirment recevoir des jets de pierres. Et quand ils tentent de retourner au Maroc, ils sont réprimés à coups de matraque. En raison d'un différend politique entre le Maroc et l'Algérie, les frontières terrestres entre les deux pays sont fermées depuis 1994. Ces migrants n'avaient donc aucune chance de rentrer sur le territoire algérien.* », Les Observateurs de France 24, « *Tabassés et sans nourriture, des migrants coincés à la frontière Algérie-Maroc* », 13 mars 2017, en ligne sur: <http://observers.france24.com/fr/20170313-video-migrants-coincees-frontiere-algerie-maroc>;

sation, dans la mesure où ils ont souscrit à cette dynamique pour mieux armer leur dispositif constitutionnel contre les risques de violations aux droits de l'homme. Est-ce le parti pris du constituant originaire espagnol? Constitué en un état de droit social et démocratique⁹¹³, qui a décidé de fonder son ordre politique sur la dignité de la personne et sur les droits inviolables qui lui sont inhérents⁹¹⁴, l'Espagne n'apparaît pas du point de vue de son droit constitutionnel matériel, opposée aux « processus dynamiques à caractère universalisateur »⁹¹⁵ que forment les droits de l'homme si l'on s'en remet aux traités et accords internationaux conclus jusqu'alors.

Dès lors, les refoulements organisés depuis les enclaves de Ceuta et Melilla par le Ministère de l'Intérieur et les membres de la Garde civile qui ne sont qu'une négation aggravante de la portée substantielle du principe de non-refoulement et de la prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, correspondent à un fait générateur de responsabilité de l'Espagne qui se prolonge au delà de son propre territoire. Les atteintes aux droits fondamentaux dont seront victimes les migrants lorsqu'ils seront placés sous le contrôle des forces marocaines, seront imputables à l'État espagnol parce qu'il en est la cause⁹¹⁶. Dès lors, nous assistons à une mutation de la territorialité par le dépassement de la frontière qui sépare les deux États, provoquant une extension extraterritoriale de la responsabilité de l'Espagne, en raison des mauvais traitements subis par les migrants au Maroc.

⁹¹³ « *L'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique.* », Constitution espagnole, précitée, art. 1.1.

⁹¹⁴ « *La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui sont le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale.* », Constitution espagnole, précitée, art. 10.2.

⁹¹⁵ « *Les droits de l'homme ne sont pas des principes statiques mais des processus dynamiques à caractère universalisateur, qui ouvrent un chemin vers l'universalisme. Autrement dit, ils ne sont pas strictement hiérarchiques et fixes, mais ils sont interactifs et évolutifs.* », M. DELMAS-MARTYLE (Professeure à l'Université de Paris I, puis Professeure au Collège de France et titulaire de la chaire d'Études juridiques comparatives et Internationalisation du droit), « *L'internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ?* », *Esprit*, 2012/11 (Novembre), p. 39. DOI : 10.3917/espri.1211.0035. URL : <http://www.cairn.info/revue-esprit-2012-11-page-35.htm>

⁹¹⁶ Cette analyse peut également s'appliquer aux migrants placés sous le contrôle exclusif et continu des autorités mauritaniennes ou sénégalaises, suite à leur remise par la Garde civile dans le cadre d'une opération conjointe menée dans les eaux intérieures ou sur le territoire terrestre de la Mauritanie ou du Sénégal.

Section 2

Sur le redressement approprié

L'obligation de réparer⁹¹⁷ un préjudice est une obligation imputable à l'État responsable de la violation des droits fondamentaux. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la CPJI avait déjà déclaré que « la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la Convention »⁹¹⁸. En effet, la réparation doit notamment permettre l'effacement des conséquences de l'acte illicite, et le rétablissement de l'état qui aurait vraisemblablement existé si la violation n'avait pas été commise⁹¹⁹. Par conséquent, lorsqu'un exilé a été refoulé ou victime d'une expulsion injustifiée et collective, il doit pouvoir invoquer ces allégations devant le juge pour permettre à ce dernier de prévenir ou de redresser le cas échéant la violation invoquée. Voilà pourquoi la CourEDH et la CJUE sont devenues des actrices incontournables pour protéger les droits fondamentaux des exilés face au comportement de plus en plus violent des États lorsqu'ils contrôlent leurs frontières. Partant, il est apparu essentiel de mettre l'accent sur l'efficacité de la première (I) et le potentiel de la seconde (II), pour respon-

⁹¹⁷ « 1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État. », Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, précité, article 31.

⁹¹⁸ *Usine de Chorzów*, compétence, C.P.J.I., série A, n° 9 (1927), p. 21; « Toute violation par un État d'une obligation, quelle qu'en soit l'origine, engage la responsabilité de cet État et entraîne, par conséquent, le devoir de réparer », *Rainbow Warrior* (Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (1990), p. 251, § 75; Voir aussi *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970, p. 46, § 86. I.

⁹¹⁹ « Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, (...), est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international. », *Usine de Chorzów*, précité, p. 47.

sabiliser l'Espagne chaque fois qu'elle porte une atteinte grave aux droits fondamentaux des migrants qu'elle expulse sans fondement.

I. L'efficacité de la CourEDH

Sachant que la procédure d'amparo judiciaire ne permet pas à la personne refoulée d'obtenir du juge ordinaire le redressement approprié suite à la violation du principe de non-refoulement par le Ministre de l'Intérieur (A), la saisine de la CourEDH semble évidente (B).

A. Les obstacles à la saisine du juge de l'amparo judiciaire

Le refoulement des exilés les expose indubitablement à un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants, lorsqu'ils se trouvent placés sous l'autorité d'un État qui n'entend pas y remédier. Cette violation de l'interdiction de refoulement de l'article 33 de la Convention de Genève, suppose de la part des États qui entendent appliquer le droit international des réfugiés et des droits de l'homme, qu'ils réparent les dommages subis par les victimes de refoulement, dont celui de ne pas avoir pu demander l'asile conformément à la procédure en vigueur.

Concernant le droit constitutionnel espagnol, les articles 13 et 15 CE consacrent respectivement le droit à la protection internationale et à l'intégrité physique et morale de tous les individus placés sous juridiction espagnole « sans qu'en aucun cas ils puissent être soumis à la torture ni à des peines ou à des traitements inhumains ou dégradants »⁹²⁰. Dans les faits, le refoulement à la frontière hispano-marocaine, ou dans les eaux du Pays partenaire prive les exilés de leur droit à la protection internationale en Espagne qui, additionné aux risques de torture ou de mauvais traitements subis dans le Pays tiers, placent l'État espagnol dans une situation incommode. La consécration de sa juridiction extraterritoriale par le contrôle continu et exclusif qu'il exerce sur les migrants

⁹²⁰ Il s'agit ici d'un extrait de l'article 15 précité.

dans le cadre d'opérations menées aux frontières du Pays partenaire⁹²¹, combinée à l'extension extraterritoriale de sa responsabilité tenant cette fois-ci aux allégations possibles de mauvais traitements infligés par les autorités de ce même pays partenaire⁹²², autorisent ces mêmes migrants à se prévaloir des droits et libertés consacrés dans la Constitution espagnole pour bénéficier d'un redressement approprié. À partir du moment où ils se trouvent sur le sol marocain, mauritanien ou sénégalais, à quoi peuvent-ils prétendre et devant quel juge ?

En l'espèce, les migrants victimes des actes de la Garde civile ont la possibilité de demander la protection de leurs droits et libertés devant le juge ordinaire « par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire » telle que visée au point 2 de l'article 53 CE⁹²³. En effet, en tant que décision unilatérale de remise expéditive des migrants prise en totale contradiction avec les points 1 et 3 de l'article 9 CE, le refoulement prive les exilés de leur droit à la protection juridictionnelle effective de leurs droits fondamentaux, ainsi que de leur droit à la protection internationale, ce qui les expose inévitablement à un risque d'être soumis à une peine ou à un traitement inhumain et dégradant⁹²⁴. La décision prise par les fonctionnaires de police et de leur Ministre de tutelle devrait pouvoir être contestée par la voie de l'amparo judiciaire telle que visée au point 2 de l'article 53 CE, conformément au Chapitre 1 du titre V de la loi 29/1998⁹²⁵ sur la protection des

⁹²¹ Comme nous l'avons vu dans le § 1 de la section 1 de ce même chapitre : il y a juridiction extraterritoriale de l'Espagne lorsque, dans le cadre d'une opération conjointe menée aux cotés des forces mauritaniennes ou sénégalaises, la Garde civile intercepte dans les eaux intérieures ou sur le territoire terrestre de ces mêmes pays, des migrants qui seront ensuite placés sous son contrôle exclusif et continu.

⁹²² Comme nous l'avons vu dans le § 2 de la section 1 de ce même chapitre: il y a extension extraterritoriale de la responsabilité de l'État espagnol lorsque, suite à son refoulement par la Garde civile, le migrant est soumis à la torture ou à une peine ou un traitement inhumain ou dégradant au Maroc, en Mauritanie, ou au Sénégal.

⁹²³ « *Tout citoyen pourra demander la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre deux devant les tribunaux ordinaires par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire.* », point 2 de l'article 53 de la Constitution précitée.

⁹²⁴ Cf. Sect. 1 du Chap.1, du Titre 1, de la partie 2.

⁹²⁵ « *La procédure d'amparo judiciaire des libertés et des droits, prévue à l'article 53.2 de la Constitution espagnole, sera régie, dans le contentieux administratif, par le présent chapitre et, le cas échéant, par les normes générales de la présente loi.* », Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998, páginas 23516 a 23551 (36 págs.), point 1 de l'article 114 (traduction personnelle).

droits fondamentaux devant le juge du contentieux administratif⁹²⁶. Cependant, quel serait le redressement approprié à la situation de l'exilé refoulé qui se trouve dans un pays étranger? Le droit de pouvoir demander l'asile ? Cela impliquerait que le juge ordonne une mise à l'abri du migrant pour qu'il puisse être transféré en Espagne⁹²⁷. Or, comme nous l'avons vu, le droit d'asile n'est pas un droit 'amparable' c'est-à-dire un droit-liberté au sens du point 2 de l'article 53 CE et donc, inopposable au Ministre de l'Intérieur devant le juge de l'amparo judiciaire⁹²⁸. Le requérant pourrait se prévaloir de l'article 15 CE puisque le refoulement s'analyse en un traitement inhumain et dégradant vu les dommages irréversibles qu'il occasionne sur l'intégrité physique et mentale du migrant. Dès lors quelle serait la finalité du recours? Demander à ce qu'il soit mis fin à la situation générée par le refoulement des Gardes civiles? D'un point de vue purement formel, il s'agit bien d'une demande de redressement au titre de l'article 13 et non 15 CE, puisque la finalité du recours d'amparo demeure la mise à l'abri du migrant à des fins de prise en charge au titre de l'asile. Or, le droit à la protection internationale est un droit de configuration légale qui échappe à la procédure d'amparo

⁹²⁶ Lorsque l'administration a porté atteinte aux droits libertés de l'article 14 ou de ceux consacrés à la section première du chapitre 2 de la CE, se référer aux articles 114 à 121 du chapitre 1 du Titre V de la loi 29/1998 précitée. Si l'on s'en remet à la procédure, la décision du juge de l'amparo judiciaire peut intervenir jusqu'à 51 jours après le dépôt de la requête du justiciable. Comment remédier à la violation si l'ordonnance du juge de l'amparo intervient 1224 heures après sa saisine? Sur le détail procédural de l'amparo judiciaire devant la juridiction du contentieux administratif: 1/ Le délai imparti pour déposer un recours est de 10 jours (article 115.1); 2/ Injonction en urgence adressée à l'administration correspondante pour la communication du dossier accompagné de tous les éléments estimés recevables dans un délai de 5 jours dès la présentation du recours (article 116.1); 3/ Dossier reçu ou passé le délai de 5 jours, délivrance d'une ordonnance le jour suivant, portant sur la procédure à suivre ou du motif d'irrecevabilité (article 116.2); 4/Si irrecevabilité: audience avec comparution des parties et du Ministère public avant l'expiration du délai de 5 jours (articles 117.1 et .2); 5/ Si recevabilité, l'organe juridictionnel délivre une ordonnance de poursuite de la procédure (article 117.3); 6/ Si poursuite de l'instruction, le requérant devra formaliser sa demande à la lumière des éléments du dossier qui lui auront été fournis dans un délai non renouvelable de 8 jours (article 118); 7/ Communication de cette même demande formalisée au Ministère public et autres parties pour qu'ils puissent présenter leurs prétentions dans un délai de 8 jours (article 119); 8/ Délai des 8 jours passé, l'organe juridictionnel décide, le jour suivant, d'ouvrir une procédure d'instruction. Les parties disposent d'un délai de 20 jours pour envoyer tous les éléments qu'elles jugeront opportuns (article 120); 9/ Procédure close, le juge rend son jugement dans un délai de 5 jours (article 121.1).

⁹²⁷ Concernant la prise en charge des demandes d'asile à l'étranger, l'article 38 de la loi 12/2009 précitée sur le droit à la protection en Espagne, dispose que la prise en charge de la demande est possible uniquement si: 1/le demandeur est ressortissant d'un pays autre que celui dans lequel il se trouve; 2/ son intégrité physique court un grave danger. Dans ce cas, l'autorité diplomatique est autorisée à demander son transfert en Espagne pour qu'il puisse demander l'asile. Concernant les nationaux du Pays (prenons le cas d'un Mauritanien qui souhaite demander la protection devant l'autorité diplomatique espagnole à Nouakchott), ces derniers n'y sont pas autorisés.

⁹²⁸ Cf. Partie 1, Titre 1, Chap.1, Sec.1, §2. B.

judiciaire, même si les entraves portées au droit d'asile exposent le migrant à des traitements contraires à cet article 15 CE. Cette approche restrictive de la 'finalité' du recours telle que souhaitée par le législateur⁹²⁹, est fort dommageable dans la mesure où elle se heurte à l'esprit des instruments de protection dans le domaine du refuge et des droits de l'homme. Comme l'a rappelé le HCNUR, « Le droit international des réfugiés et le droit international des droits de l'Homme sont des régimes juridiques complémentaires et qui se renforcent mutuellement »⁹³⁰, ce qui signifie « qu'un État partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire » et que les États peuvent « être tenus pour redevables des violations des droits définis par le PIDCP que ses agents commettent sur le territoire d'un autre État, que ce soit avec ou sans l'approbation du Gouvernement de l'État »⁹³¹ et que, dans certaines circonstances, 'des personnes peuvent se retrouver être sujets d'un État partie [au PIDCP], même en étant hors du territoire de cet État'⁹³² ».

Pour ces raisons, la violation de l'article 33.1 de la Convention de Genève combinée à l'article 7 du PIDCP par le droit interne, demeure suffisamment caractérisée pour ouvrir la procédure d'amparo aux migrants victimes de refoulement. Il ne s'agit pas ici de modifier la loi 12/1998 ou de réviser la

⁹²⁹ Le juge de l'amparo ne va pas au delà de cette approche. Pour ce faire, consulter l'analyse en ligne de M.J. HIERRO ROMERO (juriste et ancienne rédactrice de la revue *LA LEY*), « *Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito administrativo* », *Diario La Ley*, N° 7075, Sección Dossier, 12 de Diciembre de 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY, Jurisprudencia, TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, S 30 Abr. 2008, Ponente: Santillán Pedrosa, Berta María.

⁹³⁰ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), « Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967 », 26 January 2007, available at: <http://www.refworld.org/docid/470ccbb42.html> [accessed 30 September 2017], §34, p. 16.

⁹³¹ Sur ce point, le HCNUR renvoie aux décisions du Comité des droits de l'Homme suivantes : *Lopez Burgos c. Uruguay*, Doc UN. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981, paragraphe 12.3 ; *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, Doc UN CCPR/C/13/D/56/1979, 29 juillet 1981, paragraphe 10.3; et *Pereira Montero c. Uruguay*, Doc UN. CCPR/C/18/D/106/1981, 31 mars 1983, paragraphe 5.

⁹³² Sur ce point, le HCNUR renvoie aux *Observations finales du Comité des droits de l'homme : États-Unis* UN Doc CCPR/C/79/Add.50, 3 octobre 1995, paragraphe 284, à l'*Observation finale du Comité des droits de l'Homme, États-Unis*, États-Unis, Doc UN. CCPR/C/USA/CO/3, 18 décembre 2006, note 47, paragraphe 10, et à l'*Observation finale du Comité des droits de l'Homme, Israël*, Doc UN CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998, paragraphe 10 et UN Doc. CCPR/CO/78/ISR, 21 août 2003, paragraphe 11.

Constitution⁹³³, mais plutôt d'encourager le juge de l'amparo judiciaire, en tant que juge d'office et de droit commun de la ConvEDH, à assurer la prééminence du droit dans un domaine particulièrement sensible à l'impunité.

Pour ce faire, l'autorité judiciaire ne peut plus s'adonner à une lecture purement formelle de la loi en contrevenant à la substance des articles 15 CE et 3 ConvEDH. Si le refoulement n'est pas une atteinte au droit d'asile de l'article 13 CE, il n'en demeure pas moins une altération flagrante du droit à l'intégrité physique et morale de l'article 15 CE. D'ailleurs, comment rétablir la légalité de la situation dans laquelle se trouve le migrant, si ce n'est par un *droit à demander la protection internationale au Gouvernement espagnol*? Le refoulement viole l'article 15 CE, car il atteint un seuil de gravité extrême à partir du moment où la Garde civile remet aux autorités de l'État hôte, un individu sans s'assurer du sort qui lui sera réservé passé la frontière⁹³⁴.

La violation systématique des normes impératives n'est que la conséquence d'une résistance systématique aux interdépendances manifestes du droit international des réfugiés avec le droit international des droits de l'homme. En effet, le droit à la protection internationale ne peut pas être pris isolément puisqu'il implique d'autres garanties juridiques essentielles pour donner une matérialité concrète et non illusoire aux obligations issues de la Convention de Genève, comme l'accès au ter-

⁹³³ Les procédures de modification de la loi ou de révision de la Constitution sont particulièrement complexes. En tant qu'acteur central de l'état de droit, le juge dispose d'un office qui lui permet d'aller au delà de la simple restriction posée par le législateur.

⁹³⁴ Cf. Partie 1, Titre 2, Chap.1, Sec.1, §2. B.

ritoire, et à des procédures justes et efficaces⁹³⁵. Or, en ne permettant pas à l'autorité judiciaire de procéder à une analyse rigoureuse et indépendante des allégations de mauvais traitements subis par les victimes de refoulement, nous pouvons considérer le point 2 de l'article 53 CE, comme non-conforme aux garanties consacrées au point 3 de l'article 2 du PIDCP, à savoir celles qui relèvent du droit à un recours effectif lorsque les droits et libertés consacrés dans le PIDCP, ont été violés par la puissance publique⁹³⁶. L'effectivité d'un recours réside dans la capacité de l'État à assurer au justiciable un recours qui lui permette de bénéficier du redressement approprié dans des délais courts⁹³⁷, l'objectif étant de mettre un terme rapide à la situation inhumaine dans laquelle se trouve la victime. Or si la procédure en cause prive la personne de la prévalence des droits et libertés tels qu'ils sont consacrés dans les articles 13 et 15 CE, comment remédier à leurs violations ? N'y au-

⁹³⁵ « En règle générale, afin de donner effet à leurs obligations issues de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967, les États sont tenus d'accorder aux individus recherchant une protection internationale, l'accès à leur territoire et à des procédures d'asile justes et efficaces. », UNHCR, « Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967 » précité, §8,p.3; « Fair and efficient procedures are an essential element in the full and inclusive application of the Convention. », UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Global Consultations on International Protection/ Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures), 31 May 2001, EC/GC/01/12, available at: <http://www.refworld.org/docid/3b36f2fca.html> [accessed 1 October 2017], §5,p.2; « (...) note qu'une approche globale de la protection des réfugiés comprend(...) l'accès, conformément à la Convention de 1951 et à son Protocole de 1967, de l'ensemble des demandeurs d'asile à des procédures justes et efficaces de détermination du statut et des besoins de protection; aucun rejet aux frontières sans l'application de ces procédures; », Conclusion générale sur la protection internationale- n° 81 (XLVIII) - 1997 48e Session du Comité exécutif. Voir Documents officiels de l'Assemblée générale, Supplément n° 12 A (A/52/12/Add.1), Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, 17 octobre 1997, point h; « La nécessité d'admettre les réfugiés sur le territoire des États, impliquant le non-rejet aux frontières, en l'absence de procédures justes et efficaces de détermination de statut et des besoins de protection », Conclusion sur la sauvegarde de l'asile n° 82 (XLVIII) - 1997, 48e Session du Comité exécutif. Voir Documents officiels de l'Assemblée générale, Supplément n°12 A (A/52/12/Add.1), Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, 17 octobre 1997, § iii); Conclusion n°85 (XLIX),« Protection internationale » (1998), point q) ; Conclusion n°99 (LV), « Conclusion générale sur la protection internationale » (2004), paragraphe (l).

⁹³⁶ « Les États parties au présent Pacte s'engagent à: a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel; », PIDCP précité, art. 2.3.

⁹³⁷ En détaillant la procédure telle que visée aux articles 114 et suivants de la loi 29/1998 précitée, nous constatons que la décision du juge de l'amparo judiciaire peut intervenir jusqu'à 51 jours après le dépôt de la requête par le justiciable. Pourtant il s'agit d'un recours portant sur une demande de protection des libertés et des droits constitutionnels (point 2 de l'article 53 CE). L'autorité judiciaire devrait dans ce cas intervenir dans un délai plus court pour décider de l'ouverture d'une instruction ('*recibimiento a prueba*', article 120 de la loi 29/1998).

rait-il pas méprise du « droit à l'octroi d'un recours effectif »⁹³⁸ ouvert aux migrants refoulés? La configuration du recours d'amparo pose problème parce qu'elle est un frein à l'explication de fond. D'abord, le refoulement emporte la violation de l'article 3 ConvEDH⁹³⁹ parce qu'il place le migrant dans une situation de servitude absolue qui le prive de toute possibilité d'exprimer ses craintes, et de manifester ses peurs quant au sort qui lui sera réservé dès sa prise en charge par les forces du Pays tiers. Soumis au silence et à la discrétion de la Garde civile, la situation de dénuement total dans lequel l'exilé se trouve constitue un traitement inhumain et dégradant par les sentiments de peur et d'angoisse face au risque réel et immédiat d'être soumis à la torture, ou à une peine contraire au sens commun lorsqu'il sera débarqué, puis placé sous le contrôle exclusif des autorités du Pays qu'il aura fui, ou par lequel il aura transité. Ce sont d'ailleurs ces mêmes motifs de craintes qui fondent une demande d'asile. Par conséquent, si la loi 12/1998 place le juge de l'amparo dans une situation qui l'amène à douter du rapport consubstantiel des articles 13 et 15 CE, les atteintes au droit d'asile causées par le refoulement ne peuvent pas être considérées comme des violations intrinsèques à l'article 15 CE, alors qu'il constitue un grief défendable⁹⁴⁰ fondé sur l'article 3 ConvEDH⁹⁴¹. Compte tenu de cette circonstance, les migrants sont incontestablement empêchés d'accéder à une quelconque procédure interne pour obtenir la cessation rapide de la violation des droits et libertés causée par leur refoulement.

⁹³⁸ ConvEDH, précitée, art. 13, extrait. Sur le droit à un recours effectif en matière d'expulsion et de griefs tirés de l'article 2 et 3: Conseil de l'Europe, « *Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes* », (adopté par le Comité des Ministres le 18 septembre 2013) », Direction générale Droits de l'Homme et État de Droit Conseil de l'Europe, 2013, pp. 31 à 37.

⁹³⁹ Association pour la Prévention de la Torture (APT), « *Guide de jurisprudence sur la torture et les traitements inhumains et dégradants* », en ligne sur: http://www.apr.ch/content/files_res/Article3_fr.pdf

⁹⁴⁰ « *La Cour l'a dit à de nombreuses reprises, l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention tels qu'ils y sont consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié.* », CourEDH, *M.S.S c. Belgique et Grèce* précité, § 288; *A.C et autres c. Espagne*, n°6528/11 précité, § 82.

⁹⁴¹ CourEDH, *Chamaiev* précité, n° 36378/02, §448; voir, mutatis mutandis, *Chahal*, précité, § 79 et § 96 ; *Jabari* précité, § 39; *Hirsi Jamaa* précité, § 198; *Mozzer c. République de Moldova et Russie*, n° 11138/10, §207. Pour la CourEDH,

B. La portée de la jurisprudence N.D et N.T contre Espagne du 3 octobre 2017

Depuis l'affaire *Hirsi Jamaa c. Italie* du 23 février 2012, les États membres ne peuvent plus ignorer que le contrôle de l'immigration et des frontières relève de leur responsabilité dès lors qu'il procède de l'exercice de leur juridiction. Partant, ils reconnaissent aux migrants les droits et libertés définis au titre I de la ConvEDH, sans en entraver l'exercice pour des raisons purement opérationnelles. L'État ne peut pas priver le migrant des droits garantis dans la ConvEDH, sous prétexte que les circonstances factuelles du contrôle sont un obstacle à leur effectivité. Dans cette même affaire *Hirsi Jamaa*, les migrants interpellés par les gardes frontières échappaient à la juridiction de l'Italie au motif que « l'interception des embarcations à bord desquelles se trouvaient les requérants s'inscrivait dans le contexte du sauvetage en haute mer de personnes en détresse », que « les navires italiens se seraient bornés à intervenir afin de prêter secours à trois embarcations en difficulté » et que leur renvoi en Libye était conforme aux « accords bilatéraux de 2007 et 2009 »⁹⁴². Les migrants échappait à la juridiction de l'Italie, d'où leur expulsion immédiate en Libye. Or, « dès l'instant où un État [...], exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas ». Les considérations tenant au contexte de l'interception, ou à la politique migratoire dans laquelle elle s'inscrit, ne sont pas pertinentes pour qualifier la juridiction de l'Italie.

En revanche, elles n'autorisent en aucun cas le Gouvernement à expulser de manière injustifiée les étrangers, dans la mesure où le droit international interdit en des termes absolus le refoulement des

⁹⁴² Cf. § 65 de l'arrêt *Hirsi Jamaa c. Italie*.

étrangers⁹⁴³. Selon le juge Pinto Albuquerque, le principe de non-refoulement obligeait les autorités italiennes à informer d'une part les étrangers de leur droit à la protection internationale, et à leur offrir, d'autre part, une procédure effective pour déterminer et apprécier la qualité de réfugié, avant d'exécuter leur éloignement vers la Libye⁹⁴⁴.

En organisant l'expulsion sommaire et expéditive des étrangers qui étaient placés sous sa juridiction, l'illicéité du comportement du Gouvernement Berlusconi ne faisait aucun doute. La jurisprudence *N.D et N.T contre Espagne du 3 octobre 2017*⁹⁴⁵ s'inscrit dans cette même logique en marquant, pour la première fois, un point d'honneur sur la portée du principe de non-refoulement et de l'interdiction des expulsions collectives dans la gestion opérationnelle de la frontière hispano-marocaine.

Deux ressortissants d'origine malienne et ivoirienne ont saisi la CourEDH pour faire valoir leurs griefs tirés des articles 3 et 13, de l'article 4 du Protocole n°4 et, de l'article 13 combiné avec l'article 4 du Protocole n°4⁹⁴⁶.

⁹⁴³ « *Les États membres demeurent responsables même lorsque, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention et de ses Protocoles à leur égard, ils ont assumé des engagements découlant de traités (voir, mutatis mutandis, Matthews c. Royaume-Uni [GC], n° 24833/94, §§ 29, 32–34, CEDH 1999-I)* », *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], n° 42527/98, §47, CEDH 2001-VIII; « *L'État demeure responsable au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention (ibidem, précité, § 154, avec les références qui s'y trouvent citées). Par exemple, dans l'affaire Soering, il a été jugé que l'obligation en vertu de l'article 3 de la Convention de ne pas remettre un fugitif à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture ou de peines ou de traitements inhumains ou dégradants menace l'intéressé l'emportait sur les obligations du Royaume-Uni en vertu du traité d'extradition qu'il avait conclu avec les États-Unis d'Amérique en 1972.* », *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 128 *in fine*, CEDH 2010.

⁹⁴⁴ CourEDH, *Hirsi Jamaa* précitée, Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque, p. 75.

⁹⁴⁵ CourEDH, *N.D et N.T c. Espagne*, 3 octobre 2017, précité.

⁹⁴⁶ Dans le cadre de cette affaire, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, le HCR, le HCDH, la CEAR, le Centre AIRE, Amnesty international, ECRE et l'ICJ ont adressé des observations écrites à la juridiction.

Ces derniers se plaignaient du refoulement immédiat vers le Maroc dont ils avaient fait l'objet le 13 août 2014 à travers le poste de Melilla⁹⁴⁷, en application du Protocole opératoire de surveillance de la Garde civile du 26 février 2014⁹⁴⁸. Leur renvoi a été organisé hors cadre légal, sans établir leur identité, ni les circonstances propres à chacun sur leur situation personnelle. Suite à leur remise immédiate à la Gendarmerie marocaine, les migrants ont été transférés au commissariat de Nador, conduits à Fez soit à 300 kilomètres de Nador, puis abandonnés par la police avec 75/80 autres personnes d'origine subsaharienne également refoulés⁹⁴⁹. Ils revendiquaient également l'impossibilité qui leur a été faite de contester devant les instances espagnoles leur refoulement par le biais d'un recours à effet suspensif⁹⁵⁰, ainsi que l'expulsion collective dont ils ont fait l'objet.

Compte tenu des circonstances, l'enjeu est considérable puisqu'il s'agit, pour la CourEDH, de trancher sur le refoulement des étrangers, c'est-à-dire une pratique particulièrement décriée par la société-

⁹⁴⁷ « Ce poste-frontière est caractérisé par trois clôtures successives, deux extérieures hautes de 6 mètres et une intérieure haute de 3 mètres. Un système de caméras de surveillance à infrarouges et de détecteurs de mouvement y a été installé. Les requérants et d'autres migrants escaladèrent la première clôture le matin. Ils disent avoir fait l'objet d'une attaque de jets de pierres de la part des autorités marocaines. Le premier requérant parvint à grimper jusqu'en haut de la troisième clôture et y resta jusqu'à l'après-midi, sans assistance médicale ou juridique. Le deuxième requérant dit avoir été touché par une pierre lors de son escalade de la première clôture et être tombé, mais être parvenu ensuite à franchir les deux premières clôtures. Pendant ce temps, les requérants auraient été témoins de violences commises contre des migrants subsahariens par les agents de la Guardia Civil espagnole et les forces de l'ordre marocaines. », affaire *N.D et N.T c. Espagne* précitée, § 12.

⁹⁴⁸ « Avec ce système de clôtures, il existe un besoin objectif de déterminer quand l'entrée illégale a échoué ou quand elle a eu lieu. Cela nécessite de définir la ligne qui délimite, aux seuls effets du régime portant sur les étrangers, le territoire national : cette ligne est matérialisée par la clôture en question. Ainsi, lorsque les tentatives des migrants de franchir illégalement cette ligne sont contenues et repoussées par les forces de l'ordre chargées de la surveillance de la frontière, il est considéré qu'aucune entrée illégale effective n'a eu lieu. L'entrée n'est considérée comme ayant eu lieu que lorsqu'un migrant a dépassé la clôture interne citée, qu'il a de la sorte pénétré sur le territoire national et qu'il relève dès lors du régime relatif aux étrangers (...) », Protocole opératoire de surveillance des frontières de la *Guardia Civil* du 26 février 2014, (extrait traduit au § 17 de l'arrêt). Sur le souveraineté certaine de l'Espagne dans cet espace, se référer au § 34 de l'arrêt et à son renvoi sur la présentation du rapport annuel de 2013 au Sénat, le 9 avril 2014, de la défenseure du peuple espagnole en ligne sur :<https://www.defensordelpueblo.es/noticias/la-defensora-del-pueblo-concluye-en-el-senado-el-tramite-parlamentario-del-informe-anual-2/>

⁹⁴⁹ Vers la fin d'année 2014, les deux migrants ont réussi à franchir de nouveau la frontière hispano-marocaine. Interceptés par les agents de la Garde civile, ils ont ensuite fait l'objet respectivement de deux arrêtés d'expulsion, puis ont été forcés de quitter le territoire espagnol. Dans le cadre de cette procédure, N.D a vu sa demande d'asile et son recours hiérarchique contre l'arrêté, rejetés par le Ministre de l'Intérieur. Concernant N.T, il a obtenu le rejet de son recours hiérarchique de l'arrêté d'expulsion.

⁹⁵⁰ C'est d'ailleurs une préoccupation de la Cour dans l'affaire *M.S.S c. Belgique et Grèce* précitée, § 286.

té civile et les institutions telles que la Défenseur du peuple⁹⁵¹ ou le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe⁹⁵².

La position de la Cour devrait influencer le Tribunal constitutionnel lorsqu'il devra contrôler la conformité de la dixième disposition sur le régime spécial des enclaves, à la Constitution. Y compris le juge ordinaire. À cet égard, l'arrêt 245/1991 sur la doctrine *Barberá* est particulièrement éclairante. Selon le TC, « non seulement la ConvEDH fait partie [du] droit interne, conformément à l'article 96.1 de la Constitution, mais aussi que, (...) les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés publiques contenues dans la Constitution, doivent être interprétées en conformité avec les traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne (...). La CourEDH est un organe spécialisé qui a pour mission d'interpréter la Convention, et ses décisions sont également obligatoires et contraignantes pour [l'] État (...). Il s'ensuit que, conformément à l'arrêt qui fait état de la violation d'un droit reconnu par la ConvEDH, il revient à ce tribunal de l'apprécier comme juge suprême de la Constitution et des droits fondamentaux (...) »⁹⁵³.

Cette décision démontre que la subsidiarité juridictionnelle demeure un instrument de garantie certaine des droits fondamentaux dès lors que l'État émet certaines résistances quant il s'agit de les rendre concrets et non illusoires. À cet égard, le Gouvernement justifie le refoulement des requérants parce qu'il n'existe pas de droit inconditionnel pour les étrangers de pénétrer par n'importe

⁹⁵¹ Cf. CourEDH, *N.D et N.T c. Espagne*, précitée, §§ 33 et 34.

⁹⁵² « Par conséquent, il a instamment invité les autorités espagnoles à veiller à ce que tout futur texte législatif soit entièrement conforme à ces obligations, qui consistent notamment à garantir le plein accès à une procédure d'asile effective, à apporter une protection contre le refoulement et à ne pas procéder à des expulsions collectives. Il a en outre souligné que l'Espagne avait l'obligation de faire en sorte que, dans la pratique, il ne soit procédé à aucun refoulement de migrant, et de mener des enquêtes approfondies sur toutes les allégations de recours excessif à la force contre des migrants par des agents des forces de l'ordre à la frontière. », CourEDH, *N.D et N.T c. Espagne* précitée, § 41.

⁹⁵³ STC 245/1991, de 16 de diciembre, Recurso de amparo 1005-1990, FJ 3 (traduction personnelle). Sur la jurisprudence de la CourEDH et son articulation avec le droit interne espagnol: E. ROMERO TAGLE (juriste mexicain) « *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las reposiciones de procedimiento en el Derecho español (articulación de las jurisdicciones ordinaria, constitucional e internacional)* », III. STC 245/1991: doctrine Barberá y el diálogo entre tribunales, p.7, en ligne sur: <http://207.249.17.176/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/305/EDUARDO%20ROMERO%20TAGLE.pdf>; M. CEDEÑO HERNÁN, « *Barberá, Messegué y Jabardo c. España: las garantías del proceso equitativo en el ámbito penal* », in *Conflicto y diálogo con Europa, las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Navarra, 2013, pp. 153-163.

quel endroit dans les États membres du Conseil de l'Europe. Est-ce une raison valable pour autoriser et encourager les forces de l'ordre à manquer aux obligations du droit international en expulsant sommairement et de manière injustifiée les exilés au Maroc sans s'inquiéter du sort qui leur est réservé? L'argument semble fallacieux.

Le Gouvernement néglige avec une certaine audace les arguments des deux requérants, en considérant les faits rapportés, comme échappant à la juridiction espagnole⁹⁵⁴. À l'instar du juge de l'Audience provinciale de Malaga⁹⁵⁵, il se base sur la délimitation opérationnelle de la frontière du Protocole opératoire de surveillance des frontières de la Garde civile du 26 février 2014⁹⁵⁶ pour justifier la remise immédiate des étrangers à la Gendarmerie marocaine⁹⁵⁷. Pourquoi?

Selon lui, il ne s'agit pas d'une expulsion car l'espace de blindage dans lequel ils ont été interceptés ne serait pas le territoire espagnol et qu'ils échappent *ipso facto*, à la juridiction espagnole au titre de l'article 4 du Protocole n°4 à la ConvEDH. Un constat s'impose. Cette approche fonctionnelle de la frontière oblige le Gouvernement à justifier l'application détournée du droit par des motifs extra-juridiques.

À titre d'exemple, il considère que « l'exercice de la juridiction, même à l'intérieur du territoire des États membres, peut avoir un objet et un but variables par rapport à chacun des droits protégés par la Convention ». Or, il ne peut pas y avoir d'inconstance dans l'exercice de la juridiction, ni même

⁹⁵⁴ Concernant les arguments du Gouvernement : *N.D et N.T c. Espagne*, précitée, § 44.

⁹⁵⁵ Cf. Partie 1, Titre 1, Chap.2, Sec. 2.

⁹⁵⁶ « Avec ce système de clôtures, il existe un besoin objectif de déterminer quand l'entrée illégale a échoué ou quand elle a eu lieu. Cela nécessite de définir la ligne qui délimite, aux seuls effets du régime portant sur les étrangers, le territoire national : cette ligne est matérialisée par la clôture en question. Ainsi, lorsque les tentatives des migrants de franchir illégalement cette ligne sont contenues et repoussées par les forces de l'ordre chargées de la surveillance de la frontière, il est considéré qu'aucune entrée illégale effective n'a eu lieu. L'entrée n'est considérée comme ayant eu lieu que lorsqu'un migrant a dépassé la clôture interne citée, qu'il a de la sorte pénétré sur le territoire national et qu'il relève dès lors du régime relatif aux étrangers (...) », B. Le Protocole opératoire de surveillance des frontières de la Guardia Civil du 26 février 2014 ayant introduit l'expression « frontière opérationnelle », §17 de l'arrêt précité.

⁹⁵⁷ « Il est clair que dès l'instant où l'État, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. », ConvEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, n° 55721/07, § 137 ; *Hassan c. Royaume-Uni*, n° 29750/09, § 74.

une quelconque variabilité prétendue de son objet ou de son but, parce que la reconnaissance des droits et libertés du titre I de la Convention, est absolue depuis que l'Espagne y a consenti⁹⁵⁸. En d'autres termes, l'exercice de la juridiction ne tolère aucune exception, et s'applique là où agit l'État⁹⁵⁹. Y compris lorsque ses agents opèrent à l'extérieur. À l'instar de la jurisprudence *Hirsi Jamaa*⁹⁶⁰, la conclusion de la Cour est sans appel, puisque « dès lors qu'il y a contrôle sur autrui, il s'agit dans ces cas d'un contrôle *de jure* exercé par l'État en question sur les individus concernés (...), c'est-à-dire d'un contrôle effectif des autorités de cet État, que celles-ci soient à l'intérieur du territoire de l'État ou sur ses frontières terrestres »⁹⁶¹.

L'exercice de la juridiction espagnole dans l'entre clôtures au poste-frontière de Melilla et par le contrôle exercé par la Garde civile sur les requérants ne font aucun doute⁹⁶². L'argument du Gouvernement selon lequel N.D et N.T échappaient à sa juridiction au motif qu'ils ne se trouvaient pas sur le territoire national, est donc inopérant⁹⁶³. Dès lors, le refoulement immédiat des requérants dans la ligne de démarcation territoriale de Melilla, et l'expulsion collective dont ils ont fait l'objet, relevaient de la juridiction espagnole au sens de l'article 1 ConvEDH.

Le juriste ne peut qu'être gêné par l'in vraisemblance des arguments du Gouvernement espagnol, dès lors qu'ils dénotent une forme d'incompréhension assumée des nouvelles problématiques concernant les frontières, puis celles de l'asile. Le Gouvernement précise que les deux requérants

⁹⁵⁸ C'est-à-dire depuis le 26 septembre 1979, date à laquelle l'Espagne a décidé d'intégrer dans son droit interne la ConvEDH (Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979, BOE n° 243, de 10 de octubre de 1979).

⁹⁵⁹ Voilà pourquoi la CourEDH signale que la frontière « ne peut pas être modifiée à l'initiative de l'un de ces États pour les besoins d'une situation de fait concrète », § 53 de l'arrêt précité.

⁹⁶⁰ « Dès lors qu'il y a contrôle sur autrui, il s'agit dans ces cas d'un contrôle *de jure* exercé par l'État en question sur les individus concernés. », *Hirsi Jamaa*, précité, § 77.

⁹⁶¹ CourEDH, *N.D et N.T*, précité, § 54.

⁹⁶² La Cour considère que les requérants se trouvaient sous le contrôle au moins *de facto* des autorités espagnoles (*N.D et N.T*, précité, § 54 *in fine*).

⁹⁶³ « Aucune spéculation concernant les compétences, les fonctions et l'action des forces de l'ordre espagnoles sur la nature et le but de leur intervention ne saurait conduire la Cour à une autre conclusion. », *N.D et N.T*, précité, § 54 *in fine*.

« auraient pu entrer en Espagne de façon régulière s'ils avaient présenté des demandes d'asile dans les pays de transit, à savoir la Mauritanie et le Maroc, ou auprès des consulats d'Espagne dans ces pays ou au poste-frontière autorisé de Beni-Enzar (...) »⁹⁶⁴. C'est un fait. Mais comment prétendre à l'asile dans des pays dépourvus de système d'asile⁹⁶⁵, et si tel était le cas, comment prétendre à un droit d'entrée sur le territoire espagnol si la Garde civile refoule systématiquement tout individu, sans l'avoir au préalable entendu dans une langue qu'il comprend ? Concernant la présentation d'une demande d'asile, le Gouvernement n'est-il pas sans savoir que le poste-frontière de Beni-Enzar est impossible d'accès pour les personnes originaires de l'Afrique subsaharienne, et que le seul moyen d'accéder au territoire s'effectue soit par la mer, soit par la clôture du blindage frontalier⁹⁶⁶. L'argument du Gouvernement qui semblerait légitimer le défaut de prise en charge des exilés⁹⁶⁷ et

⁹⁶⁴ CourEDH, *N.D et N.T*, précité, § 71.

⁹⁶⁵ « Les requérants contestent les affirmations du Gouvernement concernant la possibilité de présenter des demandes d'asile en Mauritanie ou au Maroc. Ils affirment que le Maroc n'a pas de système national d'asile, qu'il n'y a pas de reconnaissance automatique du statut de réfugié et que les demandeurs d'asile enregistrés par le HCR ne reçoivent aucune assistance de l'État. Ils soutiennent que cette situation n'a pas changé depuis l'époque des faits objets de la présente espèce et que le Maroc a même intensifié la répression à l'encontre des migrants subsahariens, y compris les demandeurs d'asile enregistrés. », CourEDH, *N.D et N.T*, précité, § 80.

⁹⁶⁶ Sur le poste frontière de Beni-Enzar, le Commissaire aux droits de l'homme « rappelle que, en novembre 2014, un bureau chargé des questions d'asile a été créé à Beni-Enzar, l'un des points de passage entre Melilla et le Maroc, mais il note que, mis à part pour les personnes fuyant le conflit syrien, cette possibilité est restée hors d'atteinte pour les personnes originaires de l'Afrique subsaharienne » (*N.D et N.T*, précité, § 86); « Le HCR expose que, jusqu'en novembre 2014, il n'était pas possible de demander l'asile au postes-frontières de Melilla et qu'il n'y avait aucun mécanisme pour identifier les personnes ayant besoin d'une protection internationale. », *N.D et N.T*, précité, § 87; article de presse FaroTVMelilla, « Fallece un joven junto al paso fronterizo de Beni Enzar », 23/05/2017, en ligne sur: <https://www.youtube.com/watch?v=pg72L3nR2fQ>; article ElFaroMelilla.es, « Mueren 2 migrantes gaseados en Marruecos al tratar de pasar a Melilla, según una ONG », 25/09/2017, en ligne sur: <https://elfarodemelilla.es/2017/09/25/mueren-2-migrantes-gaseados-marruecos-al-tratar-pasar-melilla-segun-una-ong/>; Article eldiario.es, « Interior estudia el recurso contra el fallo de Estrasburgo y sigue defendiendo las devoluciones en caliente », 11/10/2017, en ligne sur: http://www.eldiario.es/desalambre/Interior-Estrasburgo-defendiendo-devoluciones-caliente_0_696080683.html

⁹⁶⁷ La Garde civile renvoie les étrangers sans qu'il soit fait application du régime du refus d'admission d'entrée tel que visé dans l'article 60 de la loi 4/2000 précitée.

leur expulsion collective⁹⁶⁸ tient en ceci que les migrants n'ont pas demandé à entrer sur le territoire par le poste-frontière inaccessible, ont franchi le système de clôtures, qu'ils sont arrivés sur le territoire marocain et hors juridiction espagnole⁹⁶⁹.

Or, la protection des frontières ne permet pas de « justifier le recours de la part des États, à des pratiques qui seraient incompatibles avec leurs obligations conventionnelles »⁹⁷⁰, dont celle consistant à contraindre les étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays⁹⁷¹. Les renvois automatiques vers le Maroc sont, selon la Cour, des expulsions collectives prohibées par l'article 4 du Protocole n°4 dans la mesure où les étrangers interceptés sur la clôture du blindage frontalier, sont immédiatement expulsés vers le Maroc sans avoir eu la possibilité de faire état de leur situation personnelle, ou de s'opposer à la mesure prise par la Garde civile devant une instance nationale⁹⁷². L'expulsion collective dérange parce qu'elle ignore le demandeur d'asile, le réfugié ou subsidiaire potentiel, le mineur

⁹⁶⁸ « Pour ce qui est du caractère collectif de leur expulsion, les requérants indiquent que, pour conclure par le passé à l'absence de violation du Protocole n°4, les organes de la Convention ont précisé que le fait pour plusieurs étrangers d'avoir été soumis à de telles décisions ne permettait pas en soi de conclure à l'existence d'une expulsion collective dès lors que chaque intéressé a pu individuellement exposer devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion. Selon les requérants, la question de l'individualisation dans la procédure d'expulsion est par conséquent le point crucial à examiner pour déterminer si leur expulsion a ou non été contraire à l'article 4 du Protocole n°4 », CourEDH, *N.D et N.T*, précité, § 84 *in fine*. Selon le HCDH, « le caractère collectif de l'expulsion est plus déterminé par l'absence d'un examen objectif et raisonnable de chaque cas individuel, ou par l'existence d'un examen imprévisible, injuste, inapproprié et non respectueux des règles de droit de ces cas, que par le nombre des étrangers expulsés. (...) Elle indique que cette interdiction des expulsions collectives est par ailleurs différente du principe de non-refoulement dans la mesure où elle ferait partie du droit à un procès équitable. », *N.D et N.T*, précité, § 90

⁹⁶⁹ Concernant les arguments du Gouvernement, se référer aux §§ 68 à 85 de l'arrêt CourEDH, *N.D et N.T*, précité.

⁹⁷⁰ « Sans remettre en cause ni le droit dont disposent les États d'établir souverainement leur politique en matière d'immigration, éventuellement dans le cadre de la coopération bilatérale, ni les obligations découlant de leur appartenance à l'Union européenne, la Cour entend souligner que les difficultés qu'ils peuvent rencontrer dans la gestion des flux migratoires ou dans l'accueil des demandeurs d'asile ne sauraient justifier le recours à des pratiques incompatibles avec la Convention ou ses Protocoles », CourEDH, *Hirsi Jamaa*, précité, § 179 ; *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, 21 octobre 2014, requête n°16643/09, § 224.

⁹⁷¹ « La Cour rappelle qu'il faut entendre par expulsion collective toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe », *N.D et N.T*, précité, § 98 ; *Khlaifia et autres c. Italie*, précité, §§ 237. Ce principe a été pour la première fois défini par la Cour dans la jurisprudence *Becker c. Danemark*, n° 7011/75, décision de la Commission du 3 octobre 1975, Décisions et rapports (DR) 4, p. 236. Il s'agissait du rapatriement d'un groupe d'environ deux cents enfants vietnamiens par les autorités danoises.

⁹⁷² « La Cour a déjà relevé que d'après la jurisprudence bien établie de la Commission et de la Cour, le but de l'article 4 du Protocole n° 4 est d'éviter que les États puissent éloigner un certain nombre d'étrangers sans examiner leur situation personnelle et, par conséquent, sans leur permettre d'exposer leurs arguments s'opposant à la mesure prise par l'autorité compétente. », *Hirsi Jamaa et autres*, précité, § 177 ; *Sharifi et autres*, précité, § 210.

isolé et la personne malade. D'autant plus lorsqu'on a connaissance de la nature irréversible du dommage qui sera causé, dès leur prise en charge par les autorités marocaines, puis par celles de leur pays d'origine.

Dès lors, la portée de l'interdiction des expulsions collectives est absolue parce que sa violation emporte l'abnégation des articles 2 et 3 ConvEDH, et de la substance des droits qu'ils consacrent. Ainsi, le caractère collectif de l'expulsion est certes déterminé par « l'absence d'un examen objectif et raisonnable de chaque cas individuel, ou par l'existence d'un examen imprévisible, injuste, inapproprié et non respectueux des règles de droit de ces cas, que par le nombre des étrangers expulsés »⁹⁷³, mais surtout par la volonté assumée de l'État espagnol de ne pas protéger ni le demandeur d'asile, ni le réfugié ou subsidiaire potentiel, ni le mineur isolé, ni la personne malade.

Compte tenu des circonstances, la question de savoir si les deux requérants ont fait l'objet d'une expulsion après être entrés sur le territoire ou s'ils ont été refoulés avant d'avoir pu le faire, importe peu pour tomber sous l'empire de l'article 4 du Protocole n°4⁹⁷⁴, puisque si le refoulement est opposable à tous les étrangers qui se trouvent dans l'espace de blindage, il s'agit clairement d'une mesure d'expulsion à caractère général exécutée en l'absence de décision administrative ou judiciaire préalable, qui attesterait « d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation de chacune des personnes concernées »⁹⁷⁵. Partant, l'expulsion de N.D et N.T revêt un caractère collectif, et viole l'article 4 du Protocole n°4. C'est pourquoi l'immédiateté du renvoi prive a fortiori les requérants d'un recours effectif au sens de l'article 13 ConvEDH. D'ailleurs, comment les deux requérants peuvent-ils faire valoir leurs griefs tirés de l'article 4 du Protocole n°4, s'il n'existe pas en droit es-

⁹⁷³ Telle est la position du HCDH sur le caractère collectif de l'expulsion (*N.D et N.T*, précité, § 90).

⁹⁷⁴ CourEDH, *N.D et N.T*, précité, § 104.

⁹⁷⁵ « *La question des garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation de chacune des personnes concernées ne se pose même pas en l'espèce, en l'absence de tout examen de la situation individuelle des requérants, ces derniers n'ayant fait l'objet d'aucune procédure d'identification de la part des autorités espagnoles. Dans ces circonstances, la Cour estime que le procédé suivi ne permet en rien de douter du caractère collectif des expulsions critiquées.* », CourEDH, *N.D et N.T*, précité, § 107 *in fine*.

pagnol de recours « disponible »? Dans sa jurisprudence M.S.S, la Cour avait considéré que « pour être effectif, le recours exigé par l'article 13 doit être disponible en droit comme en pratique, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'État défendeur »⁹⁷⁶. En l'espèce, la dixième disposition additionnelle sur le régime spécial de Ceuta et Melilla⁹⁷⁷ et le Protocole opératoire de surveillance des frontières de la Garde civile du 26 février 2014⁹⁷⁸, constituent deux dispositions nationales qui donnent pour la première, une couverture juridique à l'expulsion immédiate et injustifiée des étrangers et qui, pour la seconde, témoigne du caractère systématique des expulsions sur cette frontière. En plus de l'absence de toute procédure d'identification et de décision administrative les obligeant à quitter le territoire national, les deux requérants sont trouvés privés d'un droit à un recours effectif devant les instances nationales. Partant nous ne pouvons que nous ranger derrière la conclusion de la Cour lorsqu'elle considère qu'« il y a, en l'espèce, un lien évident entre les expulsions collectives dont les requérants ont fait l'objet à la clôture de Melilla et le fait qu'ils ont été concrètement empêchés

⁹⁷⁶ CourEDH, M.S.S, précité, § 290; « *La portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être « effectif », en pratique comme en droit, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'État défendeur* », *Çakıcı c. Turquie*, précité, § 112.

⁹⁷⁷ Pour rappel, cette disposition considère dans un premier point que « *les étrangers qui tentent de franchir les dispositifs de contention frontaliers pour traverser la frontière de façon irrégulière et dont la présence a été détectée dans les lignes de démarcation territoriale de Ceuta ou de Melilla pourront être refoulés de sorte qu'ils soient empêchés d'entrer illégalement en Espagne* », *N.D et N.T*, précité, § 19. Il n'y a donc aucun doute à avoir sur l'entrave légale au droit à un recours effectif.

⁹⁷⁸ Sachant que le Protocole dispose que « *lorsque les tentatives des migrants de franchir illégalement cette ligne sont contenues et repoussées par les forces de l'ordre chargées de la surveillance de la frontière, il est considéré qu'aucune entrée illégale effective n'a eu lieu* », l'entrave est manifeste (*N.D et N.T*, précité, § 17).

d'accéder à une quelconque procédure nationale satisfaisant aux exigences de l'article 13 de la Convention »⁹⁷⁹, d'où la violation de l'article 13 combiné à l'article 4 du Protocole n°4⁹⁸⁰.

Le comportement des autorités espagnoles constitue une violation 'licite en interne'⁹⁸¹ de la Conv-EDH, ainsi que du PIDCP sur le droit à un recours utile⁹⁸². C'est pourquoi le Gouvernement devra réviser son ambition jusque là si bien défendue devant son Parlement, lorsqu'il s'agit de se soustraire à ses obligations internationales pour mieux lutter contre l'immigration irrégulière. Quoiqu'on en dise⁹⁸³, la jurisprudence *N.D et N.T* est le signe d'un essoufflement grandissant du système de gestion et de surveillance des frontières espagnoles par le Gouvernement, mais un appel d'air encourageant dans le domaine de la protection des droits de l'homme tant au niveau national qu'au niveau européen. À cet égard, l'Espagne ne peut plus reculer face à son obligation de respecter le

⁹⁷⁹CourEDH, *N.D et N.T*, précité, § 120. Dans une affaire similaire signalée par la Cour: « *En outre, la Cour a déjà relevé plus haut, sur le terrain de l'article 4 du Protocole n°4 que, contrairement aux dires du Gouvernement, dans le port d'Ancône les requérants ont été remis sur-le-champ par les autorités des frontières aux capitaines des ferry-boats et n'ont pas eu accès à un interprète ni à des agents pouvant leur fournir les informations minimales nécessaires à propos du droit d'asile et de la procédure pertinente. Il y a, en l'espèce, un lien évident entre les expulsions collectives dont les requérants ont fait l'objet dans le port d'Ancône et le fait qu'ils ont été concrètement empêchés de demander l'asile ou d'avoir accès à une quelconque autre procédure nationale satisfaisant aux exigences de l'article 13.* », *Sharifi et autres*, précité, § 242.

⁹⁸⁰ CourEDH, *N.D et N.T*, précité, § 122.

⁹⁸¹ Le terme 'licite' renvoie au Protocole opératoire de la Garde civile et à la dixième disposition additionnelle sur le régime spéciale de Ceuta et Melilla. Qui plus est, aucun juge ordinaire ne s'est pas prononcé sur la défaillance systématique du cadre en question.

⁹⁸² « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à: a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;* », point 3 de l'article 2 du PIDCP précité.

⁹⁸³ « *Je n'ai qu'un seul souci à propos de la présente affaire et de nombreux autres cas similaires examinés par la Cour, c'est que la Cour maintienne (quoique pas dans tous les cas) ses normes élevées pesant sur les autorités dans une situation de comportement illégal ou même de violence. Je peux imaginer à quel point les gardes-frontières espagnols ont été choqués par cette invasion, lorsque les candidats, accompagnés de nombreux autres migrants, ont attaqué la frontière. Nous pensons que les agents de l'État devraient rester calmes et impartiaux dans tous les cas de figure parce qu'ils ont été formés pour être parés à toute situation "standard". Mais ce sont des gens comme nous, qui ressentent des émotions; ils méritent également notre respect, et nous devrions en tenir compte. Il faut alors se demander qui était le plus vulnérable dans le cas d'espèce.* », Opinion partiellement dissidente du juge DEDOV, *N.D et N.T*, précité, p.44 (extrait); Suite à la jurisprudence CourEDH, *N.D et N.T c. Espagne*, se référer aux propos tenus par le Président de Melilla dans « *El presidente de Melilla pide "subir la valla" si no se puede devolver ilegalmente a quienes la saltan* », El-FaroMelilla, 05/10/2017, en ligne sur: http://www.eldiario.es/desalambre/presidente-Melilla-prohiben-devoluciones-caliente_0_693980783.html

principe de non-refoulement, et l'interdiction des expulsions collectives. Y compris lorsque la Garde civile intervient dans les eaux intérieures du Pays tiers ou sur son propre territoire. Compte tenu des circonstances, la décision de la Cour est à saluer.

II. Le potentiel de la CJUE

À partir du moment où l'Espagne gère et surveille les frontières extérieures de l'ELSJ depuis le territoire des Pays tiers en application du droit de l'UE (A), la CJUE serait en mesure de vérifier la conformité des agissements du Gouvernement au noyau dur des droits et libertés fondamentaux de la CDFUE⁹⁸⁴. Cependant la saisine de la CJUE est impossible sachant qu'aucun recours par voie directe est ouvert au justiciable. Par conséquent, la victime d'une expulsion injustifiée et/ou collective ne peut pas obtenir le redressement approprié du juge, alors que l'État a une obligation de réparer les effets illicites causés aux particuliers par des violations du droit de l'UE qui lui sont imputables⁹⁸⁵. D'où la nécessité de penser à la création d'une procédure type 'référé' pour faire valoir des griefs du noyau dur de la CDFUE lorsque l'État manque à ses obligations conventionnelles (B).

⁹⁸⁴ Le respect de la dignité humaine (art. 1), du droit à la vie (art. 2), du droit à l'intégrité (art. 3), de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 4), du droit à la liberté et à la sûreté (art. 6), du droit d'asile (art. 18), et de la protection en cas d'éloignement, d'expulsion ou d'extradition (art. 19), forment le noyau dur de la CDFUE.

⁹⁸⁵ CJCE, 16 décembre 1960, aff. 6/60, *Jean-E. Humblet contre État belge* ; 19 novembre 1991, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*, points 35.

A. Sur la mise en oeuvre certaine du droit de l'UE dans l'exercice extraterritorial des pouvoirs de police aux frontières

Définie comme « une valeur de l'UE »⁹⁸⁶, la protection des droits de l'homme fonde l'architecture de l'ELSJ⁹⁸⁷ parce que les droits sont devenus⁹⁸⁸ une condition inhérente à l'existence de l'UE. Le caractère contraignant des droits et libertés fondamentaux consacrés dans la CDFUE et dans la ConvEDH⁹⁸⁹ démontre que le respect des droits est bien plus qu'une simple déclaration d'intention, dans la mesure où il conditionne la fonction juridictionnelle de la CJUE. À cet égard, les affaires Hauer⁹⁹⁰ du 13 décembre 1979 et Hubert Wachauf du 13 juillet 1989, sont particulièrement éclairantes, lorsqu'elles précisent que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »⁹⁹¹, et qu'ils « ont vocation à être appliqués dans les situations régies par le droit de l'Union »⁹⁹². Voilà pourquoi le Code frontières Schen-

⁹⁸⁶ Voir en ce sens l'article 2 TUE.

⁹⁸⁷ « L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres. », point 1 de l'article 67 TUE, précité.

⁹⁸⁸ Sur la reconnaissance progressive des droits de l'homme dans la communauté, se référer à l'étude des Professeurs X. GROUSSOT (Professeur de droit, Université de Lund) et L. PECH (Professeur de droit, Université Middlesex de Londres), selon laquelle « *Le Traité de 1957 établissant la Communauté Economique Européenne a longtemps gardé le silence sur la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la Communauté. S'il faisait tout de même référence au principe de non-discrimination fondée sur la nationalité et à certains droits des travailleurs, le traité a été critiqué au motif qu'il ne consacrait pas de véritable déclaration des droits. Parmi les raisons avancées pour expliquer cette situation, retenons que l'idée d'inclure une déclaration des droits détaillée aurait été rejetée au motif qu'elle aurait pu apparaître comme une extension indue des pouvoirs de la CEE, et dont l'objectif premier était l'intégration économique par l'établissement d'un marché commun. Par ailleurs, une autre organisation était déjà en charge de la protection des droits fondamentaux en Europe : le Conseil de l'Europe fondé en 1949.* », in « *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne* », Question d'Europe, n° 173, 14 juin 2010, p.1.

⁹⁸⁹ « 1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. (...) 3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. », points 1 et 3 de l'article 6 TUE précité.

⁹⁹⁰ CJCE, 13 décembre 1979, aff. 44/79, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, point 15.

⁹⁹¹ CJCE, 13 juillet 1989, aff. C-5/88, *Hubert Wachauf contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, point 17.

⁹⁹² CJUE, 26 février 2013, aff. C-617/10, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, point 19.

gen « respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par la CDFUE »⁹⁹³ dans le domaine de la protection internationale et du non-refoulement, et que le Règlement (UE) 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes enjoint les autorités chargées de la gestion des frontières d'agir dans le plein respect des droits fondamentaux dont la CDFUE⁹⁹⁴. La garantie formelle du respect des droits de l'homme dans le domaine des frontières⁹⁹⁵ est indiscutable. Cependant, compte tenu des circonstances tenant aux refoulements et aux expulsions collectives des étrangers⁹⁹⁶, y compris lorsque les gardes frontières interviennent directement sur le territoire des Pays tiers, il est légitime de se demander si le droit de l'Union est régenté de sorte que la Cour soit en mesure de forcer un État à rétablir la légalité, lorsqu'il enfreint de manière injustifiée la CDFUE en refoulant les migrants en dehors du cadre légal⁹⁹⁷. En effet, « est-ce que l'UE devrait avoir le pouvoir de forcer les États membres à respecter les droits de l'homme »⁹⁹⁸ ? La protection des droits fondamentaux vise à empêcher leur violation lorsque l'État met en oeuvre le droit de l'UE⁹⁹⁹.

⁹⁹³ Règlement (UE) n° 2016/399, précité, *Préambule*, point 36.

⁹⁹⁴ Règlement (UE) n° 656/2014, précité, *Préambule*, point 9. Le préambule énumère la CDFUE, la ConvEDH ainsi que d'autres instruments de protection du droit international des réfugiés et du droit international des droits de l'homme.

⁹⁹⁵ Il s'agit ici du point 1 de l'article 77 TFUE, précité.

⁹⁹⁶ Le refoulement et les expulsions collectives sont deux pratiques récurrentes lorsque l'État applique le droit de l'Union tel que visé dans l'article 77 TFUE.

⁹⁹⁷ « *Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.* », article 18, CDFUE précitée; « *1. Les expulsions collectives sont interdites. 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.* », article 19, CDFUE précitée.

⁹⁹⁸ I. NAGY (professeur titulaire à l'Université de Szeged (Hongrie)), « *Est-ce que l'Union européenne devrait avoir le pouvoir de forcer les États membres à respecter les droits de l'homme? Analyse prospective relative à l'application de la CDFUE aux États membres* », in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2017, n° 2, p. 506 à 522.

⁹⁹⁹ « *Il importe en outre de tenir compte de l'objectif de la protection des droits fondamentaux dans le droit de l'Union, qui est de veiller à ce que ces droits ne soient pas violés dans les domaines d'activités de l'Union, que ce soit en raison de l'action de l'Union ou en raison de la mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres.* », CJUE, 6 mars 2014, aff. C-206/13, *Cruciano Siragusa contre Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, point 31.

Dans le système de voies de recours et de procédures de l'UE¹⁰⁰⁰, il n'existe aucune voie effective qui permette d'enjoindre l'État qui viole les droits fondamentaux, à l'exception de l'article 7 TUE¹⁰⁰¹ qui est, selon NAGY, « trop brutale du point de vue des conséquences et trop irréaliste du point de vue de la faisabilité politique »¹⁰⁰². Cela vaut également pour le recours en manquement¹⁰⁰³, puisqu'il s'agit d'une procédure d'opportunité¹⁰⁰⁴ dont l'initiative relève exclusi-

¹⁰⁰⁰ « Il y a lieu de souligner d'abord, à cet égard, que la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité. Spécialement, par ses articles 173 et 184, d'une part, et par son article 177, d'autre part, le traité a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions. » CJCE, 23 avril 1986, aff. n°294/83, *Les Verts contre Parlement*, point 23.

¹⁰⁰¹ « 2. Le Conseil européen, statuant à l'unanimité sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission européenne et après approbation du Parlement européen, peut constater l'existence d'une violation grave et persistante par un État membre des valeurs visées à l'article 2, après avoir invité cet État membre à présenter toute observation en la matière. 3. Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales. », points 2 et 3 de l'article 7 TUE, précité.

¹⁰⁰² I. NAGY, article précité en note de bas de page n° 898, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2017, n° 2, p. 509. Lorsqu'il existe un risque clair de violation grave par un EM des valeurs visées à l'article 2 TUE, le Conseil peut procéder à cette constatation après avoir entendu l'EM en question (portée de l'alinéa 1). Le constat de l'existence de la violation grave et persistante par un EM des valeurs visées à l'article 2, est conditionné par le vote unanime du Conseil européen (alinéa 2 de l'article 7 TUE). D'où la relativité certaine de l'auteur concernant la faisabilité politique de cette voie de recours.

¹⁰⁰³ « Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne. », article 258 TFUE, précité; « Chacun des États membres peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne s'il estime qu'un autre État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités. », premier paragraphe de l'article 259 TFUE, précité; J.-P. JACQUÉ, « Droit institutionnel de l'Union européenne », 8ème édition, Dalloz, Chap. 2, *Le recours en manquement*, § 1137 et suivants, p. 724 à 732;

¹⁰⁰⁴ « Il faut sérieusement se poser la question de l'opportunité pour la Commission d'initier une telle procédure. La portée symbolique d'un éventuel constat de manquement pour violation de la Charte des droits fondamentaux par un État membre semble en effet toute autre qu'un constat de manquement « traditionnel » (...). Les mesures collectives d'éloignement prises par le gouvernement français à l'égard des Roms durant l'été 2010 constituaient une violation évidente de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Pourtant, malgré les échanges tendus entre la Commissaire Viviane Reding en charge de la Justice et le Président de la République française à ce sujet, la Commission a finalement pris la décision de ne pas poursuivre le comportement des autorités françaises au titre du recours en manquement. Comme le relève avec justesse Denys Simon : « Manifestement, le bargaining politique cher au président de la Commission l'a emporté sur la fermeté prônée par Viviane Reding, la « colère » du chef d'un « grand État souverain » justifiant probablement la renonciation de la Commission à la mission qui lui a été maintenue par l'article 17 TUE », Romain Tinière (Professeur de droit public à l'Université de Grenoble), « Le recours en manquement et la protection des droits fondamentaux », RDLF 2011, chron. 04, www.revuedlf.com

vement du pouvoir politique¹⁰⁰⁵, fermée aux justiciables, et donc aux victimes. D'ailleurs, comment engager cette procédure contre l'État qui fait application de l'article 77 TUE¹⁰⁰⁶, si la réserve de compétence étatique de l'article 72 TUE¹⁰⁰⁷ s'y oppose? Les moyens dont dispose l'UE pour remédier à la violation des droits fondamentaux, sont manifestement inappropriés dès lors qu'ils n'entraînent aucun effet immédiat, et qu'ils évincent le justiciable de la procédure de saisine de la CJUE. Par conséquent, comment attirer l'État pour qu'il soit mis directement un terme à la violation dans un délai court, sans que celui-ci puisse se soustraire au contrôle juridictionnel de la CJUE ? En l'état actuel du droit de l'Union, aucune procédure ne permet à une personne victime d'un refoulement ou d'une expulsion collective, de saisir directement la CJUE¹⁰⁰⁸ pour faire valoir ses griefs tirés des articles 18 et 19 de la Charte et donc, la responsabilité de l'État membre au titre de l'article 4 TUE¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁵ c'est-à-dire de la Commission ou d'un autre EM selon la procédure des articles 258 et 259 TUE, précité.

¹⁰⁰⁶ Selon J. ROUX, concernant le manquement aux dispositions relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile à l'immigration et à la coopération judiciaire en matière civile, « *il est permis de se demander si la compétence de la Cour pour constater les manquements étatique à cet ensemble normatif, ne rencontre pas une limite tenant au fait qu'il ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure* ». La question se pose car si, littéralement, cette clause énonce une réserve de compétence étatique et non une limite à la compétence juridictionnelle, il pourrait cependant en être déduit que les actes étatiques en vue de la sauvegarde de l'ordre et de la sécurité intérieure échappent totalement au contrôle de la Cour, incompétente dès lors pour constater les manquements qu'ils sont susceptibles de recéler. », J. ROUX, « *Droit général de l'Union européenne* », 5ème édition, Lexisnexis, Sect. 2, *Les recours en constatation de manquement des États membres*, § 562, pp.428-429.

¹⁰⁰⁷ « *Le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure.* », article 72 TFUE, précité.

¹⁰⁰⁸ « *La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.* », point 1 de l'article 19 TUE, précité.

¹⁰⁰⁹ « *Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union.* », point 3 de l'article 4 TUE, précité.

Or, en tant que gardienne des traités, la Cour est appelée à vérifier, dans la limite de ses compétences¹⁰¹⁰, que l'État se conforme à ses obligations lorsqu'il met en oeuvre le droit de l'Union¹⁰¹¹. Attendu que la gestion et la surveillance opérationnelles et conjointes des frontières extérieures sont couvertes par l'article 77 TFUE, le contrôle juridictionnel de la Cour de Strasbourg est indispensable si l'on souhaite affirmer d'un côté la prééminence de la Charte¹⁰¹² dans les politiques relatives aux contrôles aux frontières, et responsabiliser de l'autre, l'État qui viole les droits fondamentaux¹⁰¹³.

L'endiguement des flux migratoires généré par la coopération opérationnelle entre l'Espagne et ses homologues de la corne ouest de l'Afrique, implique le déploiement croissant de gardes frontières dans tout le pourtour méditerranéen, pour dissuader les candidats à l'exil et mieux lutter contre la migration irrégulière vers l'UE. Il n'y a aucun doute à avoir sur la mise en oeuvre du droit

¹⁰¹⁰ « Toutefois, il y a lieu de rappeler que les dispositions de la charte s'adressent, en vertu de son article 51, paragraphe 1, aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En vertu du paragraphe 2 de ce même article, la charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et les tâches définies dans les traités. Ainsi, la Cour est appelée à interpréter, à la lumière de la charte, le droit de l'Union dans les limites des compétences attribuées à celle-ci. », CJUE, 5 octobre 2010, aff. *J. McB. contre L. E.*, point 51; 15 septembre 2011, aff. jointes C-483/09 et C-1/10, *Magatte Gueye, X, et Valentín Salmerón Sánchez*, point 69; 15 novembre 2011, aff. C-256/11, *Dereci e.a.*, point 71; 6 mars 2014, aff. C-206/13, *Cruciano Siragusa contre Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, point 20;

¹⁰¹¹ « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités. », paragraphe 1 de l'article 51 CDFUE, précitée.

¹⁰¹² Selon le point 1 de l'article 6 TUE précité, la CDFUE a la même valeur juridique que les traités. Il n'y a aucun doute à avoir sur sa prééminence telle que consacrée dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, selon lequel: « la prééminence du droit communautaire est confirmée par l'article 189 aux termes duquel les règlements ont valeur « obligatoire » et sont « directement applicables dans tout État membre »; que cette disposition, qui n'est assortie d'aucune réserve (...) », CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, pp. 1159-1160.

¹⁰¹³ « Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. », § 2 du point 3 de l'article 4 TUE, précité; « Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. », § 3 du point 3 de l'article 4 TUE, précité.

de l'Union¹⁰¹⁴ lorsque l'Espagne protège les frontières extérieures, par une intervention directe dans les Pays émetteurs d'immigration.

Devenue frontière extérieure de l'UE par son adhésion à la Convention d'Application des Accords Schengen de 1990¹⁰¹⁵, puis première porte d'entrée de l'ELSJ depuis le continent africain, le Royaume d'Espagne s'est imposé comme un acteur incontournable des enjeux en matière de frontières sur la scène européenne. Que ce soit sa loi sur les étrangers ou sa politique extérieure dans le domaine des migrations, l'article 77 TUE monopolise le cadre institutionnel de l'Espagne portant sur les contrôles des personnes et la surveillance efficace du franchissement des frontières, la politique de visas et autres titres de séjour, et la mise en oeuvre du système intégré de gestion des frontières extérieures dans l'espace méditerranéen. À cet égard, les propos du Gouvernement espagnol dans l'affaire *N.D et N.T c. Espagne*¹⁰¹⁶ de la CourEDH, sont particulièrement éclairants sur l'implication évidente de l'Espagne dans la mise en oeuvre de cet article 77 TFUE. Il considère que « l'Espagne, en tant qu'État souverain, membre de l'Union européenne et frontière extérieure de cette dernière, a l'obligation de protéger, surveiller et sauvegarder ses frontières. », et que cet impératif de protection « dépasse le cadre strictement national pour se convertir en une responsabilité envers l'ensemble de l'Union européenne »¹⁰¹⁷. Pour ce faire, le Gouvernement rappelle « qu'un

¹⁰¹⁴ Sur l'analyse de cette notion par la CJUE, voir notamment: arrêt du 29 mai 1997, *Kremzow*, C-299/95, point 16; 18 décembre 1997, *Annibaldi*, C-309/96, points 21 à 23; 8 novembre 2012, *Iida*, C-40/11, point 79; 8 mai 2013, *Ymeraga e.a.*, C-87/12, point 41; 13 juin 1996, *Maurin*, C-144/95, points 11 et 12.

¹⁰¹⁵ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991, BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994.

¹⁰¹⁶ *N.D et N.T c. Espagne*, précitée.

¹⁰¹⁷ *N.D et N.T c. Espagne*, précitée, § 76. « Le Gouvernement expose qu'il en est ainsi tant dans la législation espagnole (paragraphes 18 et 19 ci-dessus) que dans le code frontières Schengen, dont l'article 13 (paragraphe 32 ci-dessus) distinguerait deux étapes différentes, la première tendant à empêcher le franchissement non autorisé de la frontière et la seconde destinée à prendre des mesures à l'encontre des personnes ayant franchi illégalement cette dernière. Il se réfère en particulier à la LOEX en vigueur au moment de la présentation des requêtes devant la Cour (paragraphe 18 ci-dessus) et à sa modification ultérieure (paragraphe 19 ci-dessus), qui disposerait que l'entrée sur le territoire espagnol doit se faire aux postes-frontières autorisés à cet effet. Il précise que c'est à la Guardia Civil qu'incombe la surveillance de la frontière. », § 77 du même arrêt précité.

dispositif de protection des frontières a été établi pour faire barrage à l'entrée illégale des personnes qui omettraient volontairement de suivre la procédure permettant de demander l'entrée légale ou la protection internationale au poste-frontière autorisé [et] qu'il n'existe pas de droit inconditionnel pour les étrangers de pénétrer par n'importe quel endroit dans les États membres du Conseil de l'Europe »¹⁰¹⁸. D'où la pratique des expulsions sommaires et expéditives des étrangers aux frontières extérieures de l'UE, et l'intervention assumée de la Garde civile sur le territoire des Pays tiers. Par conséquent, le paragraphe 1 de l'article 51 CDFUE¹⁰¹⁹ tend à s'appliquer, et implique de la part du Gouvernement espagnol, qu'il respecte les droits fondamentaux du Titre I fondés sur le principe de dignité¹⁰²⁰, puis les libertés fondamentales du Titre II dont le droit d'asile¹⁰²¹, l'interdiction des expulsions collectives, et le principe de non-refoulement¹⁰²².

Dès lors, lorsqu'il y a gestion et surveillance des frontières extérieures en vertu des dispositions nationales qui sont destinées à assurer le respect de règles de droit de l'UE, le comportement de l'Espagne relève du champ d'application de l'article 77 TFUE. Même si le contrôle aux frontières est régi par des réglementations relevant de la compétence étatique, l'Etat doit respecter l'interdiction des expulsions collectives et le principe de non-refoulement. Compte tenu des circonstances tenant aux frontières espagnoles, l'expulsion immédiate telle que visée dans la jurisprudence N.D et N.T

¹⁰¹⁸ *N.D et N.T c. Espagne*, précitée, § 79.

¹⁰¹⁹ « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités.* », CDFUE, précitée, art. 51 § 1;

¹⁰²⁰ Il s'agit de droits propres dont le respect de la dignité humaine (article 1), le droit à la vie (article 2), le droit à l'intégrité de la personne (article 3), et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 4).

¹⁰²¹ « *Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* », CDFUE, précitée, art. 18, précité.

¹⁰²² Cette double interdiction est garantie par l'article 19 CDFUE, précitée, selon lequel: « *1. Les expulsions collectives sont interdites. 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.* »

contre Espagne¹⁰²³ prive les migrants de la jouissance effective des droits fondamentaux, alors qu'ils sont placés sous le contrôle exclusif et continu de la Garde civile¹⁰²⁴. Si, certes, les accords bilatéraux portant sur la coopération opérationnelle entre l'Espagne et ses premiers voisins de la corne ouest de l'Afrique¹⁰²⁵ visent à protéger les frontières de la migration irrégulière directement sur le territoire des Pays tiers, il n'en reste pas moins que la situation des étrangers interceptés par la Garde civile, relève du droit de l'UE dès lorsqu'ils sont bénéficiaires de l'article 4 du code frontières Schengen¹⁰²⁶, et de la directive 2011/95/UE¹⁰²⁷. Dans ces conditions, l'expulsion relève de l'article 51 de la Charte, et des dispositions de la ConvEDH dont l'Espagne est partie. Partant de ce postulat, le Gouvernement espagnol porte atteinte à l'unité, à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union¹⁰²⁸, en expulsant de manière expéditive les migrants placés sous son contrôle exclusif, lorsque ses gardes frontières opèrent sur le territoire des Pays tiers. Voilà pourquoi le régime spécial

¹⁰²³ CourEDH, *N.D et N.T c. Espagne*, 3 octobre 2017, précitée.

¹⁰²⁴ Ceci est une référence implicite à l'article 1 ConvEDH et aux principes s'y afférents. Cf. Partie 2, Titre 1, Chap.1, Sect. 1, §1, B.

¹⁰²⁵ Cf. Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Sect.2, §1, B.

¹⁰²⁶ « *Lorsqu'ils appliquent le présent règlement, les États membres agissent dans le plein respect des dispositions pertinentes du droit de l'Union, y compris de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du droit international applicable, dont la convention relative au statut des réfugiés, conclue à Genève le 28 juillet 1951, des obligations liées à l'accès à la protection internationale, en particulier le principe de non-refoulement, et des droits fondamentaux.* », Règlement (UE) 2016/399 (code frontières Schengen), précité, article 4 (extraits).

¹⁰²⁷ « *1. Les États membres respectent le principe de non-refoulement en vertu de leurs obligations internationales. 2. Lorsque cela ne leur est pas interdit en vertu des obligations internationales visées au paragraphe 1, les États membres peuvent refouler un réfugié, qu'il soit ou ne soit pas formellement reconnu comme tel: a) lorsqu'il y a des raisons sérieuses de considérer qu'il est une menace pour la sécurité de l'État membre où il se trouve; ou b) lorsque, ayant été condamné en dernier ressort pour un crime particulièrement grave, il constitue une menace pour la société de cet État membre. 3. Les États membres peuvent refuser d'octroyer un titre de séjour à un réfugié qui entre dans le champ d'application du paragraphe 2, le révoquer, y mettre fin ou refuser de le renouveler.* », Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, JOUE L.337/9, 20.12.2011, article 21, *Protection contre le refoulement*.

¹⁰²⁸ Ces termes sont empruntés de l'arrêt du 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, point 60; Cf. analyse du Parlement européen, « *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Le rôle de la Charte après le Traité de Lisbonne* », Analyse approfondie, EPRS - Service de recherche du Parlement européen, p.13; A.VON BOGDANDY (Professeur de droit public à l'Université de Francfort), « *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States* », *Common Market Law Review* 49.2 (2012), pp. 489-519; F. PICOD (Professeur à l'Université Panthéon-Assas), « *Jurisprudence de la CJUE 2014: Décisions et commentaires* », Bruylant, 22 juin 2015, § 188.

de Ceuta et Melilla, et les accords bilatéraux qui consentent à l'exercice extraterritorial des pouvoirs de police de la Garde civile sur le territoire des Pays partenaires, demeurent incompatibles avec l'esprit des articles 77 et 78 TFUE sur les politiques relatives à l'asile. Cependant, comment obtenir un redressement approprié, si la personne refoulée n'est pas en mesure de saisir le juge de Strasbourg pour faire valoir ses griefs tirés de la CDFUE.

B. La nécessité d'une procédure type 'référé' pour faire valoir des griefs tenant au noyau dur de la CDFUE

Lorsque l'État ne respecte pas l'interdiction de la torture, des peines et des traitements inhumains et dégradants, des expulsions collectives ou du refoulement, un accès direct du justiciable au juge de l'Union ne paraît pas disproportionné, dans la mesure où leur réalisation entraîne des dommages irréversibles difficilement réparables. Compte tenu de ces circonstances, l'arbitrage de la CJUE est fondamentale puisque « la Communauté de droit »¹⁰²⁹ ne plus tolérer le comportement de l'État qui, pour des raisons opérationnelles, justifie l'injustifiable en exposant les exilés à des traitements inhumains et dégradants¹⁰³⁰. De toute évidence, cela implique davantage de verticalité dans le système de protection des droits fondamentaux, et une judiciarisation plus poussée de la Charte envisageables seulement si le justiciable dispose d'un accès direct à la Cour.

Le justiciable doit devenir acteur à part entière de ce nouveau contentieux pour permettre à la Cour d'apprécier la fundamentalité que revêtent les droits et libertés des titres I et II CDFUE, lorsque l'État met en oeuvre le droit de l'Union. Sachant que la Charte a vocation à « servir, lorsque ses dispositions le permettent, de paramètre de référence substantiel »¹⁰³¹, sa judiciarisation permettrait de mieux saisir le sens et la portée actuels des droits et libertés, puis encouragerait l'appropriation de son contenu par le justiciable dans le cadre d'un procès.

¹⁰²⁹ C.J.C.E., 23 avril 1986, *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen*, aff. 294/83, point 23.

¹⁰³⁰ L'État membre ne peut pas échapper au droit de l'Union, y compris lorsqu'il s'agit du domaine régalien. Selon le juge de l'UE, « *s'il est vrai que, dans des domaines que ne relèvent pas de la compétence de la Communauté, les États membres restent, en principe, libres de fixer les conditions d'existence des droits en cause et les modalités d'exercice de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, lesdits États sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire* », CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, point 87.

¹⁰³¹ Conclusions de l'avocat général A. TIZZANO présentées le 8 février 2001, aff. C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) contre Secretary of State for Trade and Industry*, point 28.

Concernant le juge interne, ce dernier est un maillon incontournable du processus, puisque l'interprétation de la CJUE ne peut pas aller au delà des limites des compétences attribuées à celle-ci¹⁰³² par l'article 19 TUE. En charge du seul respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités¹⁰³³, la Cour n'est pas à même de pouvoir condamner l'État à l'instar de la CourEDH, ni même prononcer des mesures conservatoires à son encontre devant toute illégalité éventuelle. En revanche, elle pourrait jouer un rôle de régulateur pour vérifier si la violation des droits fondamentaux est directement imputable à l'État, parce qu'il agissait dans le champ d'application du droit de l'UE. Ensuite, il lui reviendrait de saisir le juge interne, seul responsable au premier chef de la mise en oeuvre, et de la sanction des droits et libertés garantis dans la Charte. Concernant la Commission, « elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne », ce qui l'amènerait à vérifier que la procédure contentieuse lancée par la Cour, bénéficie en interne du traitement approprié. Ainsi, nous aurions un mécanisme concret de dialogue entre les juges internes et la CJUE, sous la supervision de la Commission.

Imaginons que la Garde civile interceptent des exilés dans les eaux d'un pays tiers afin de leur prêter assistance, puis les remet directement à son homologue sans vérifier que personne ne sera soumis à un traitement prohibé lorsqu'ils seront remis à la police. Cette question est tout à fait légitime dans la mesure où il peut s'agir de réfugiés, de demandeurs d'asile potentiels, ou des mineurs isolés. Imaginons que certains d'entre eux aient pu, à l'instar de N.D et de N.T dans l'affaire contre l'Espagne¹⁰³⁴, prendre contact avec un avocat pour faire valoir les raisons qui les ont forcées à quitter ce pays. Empêchés dans leur droit de le quitter, ils ont fait l'objet d'une expulsion immédiate puis collective. Par conséquent, leurs griefs tenant à la violation du droit d'asile, celle du prin-

¹⁰³² CJUE, 5 octobre 2010, C-400/10 PPU, *McB.*, point 51; 15 septembre 2011, C-483/09 et C-1/10, *Gueye et Salmerón Sánchez*, point 69; 15 novembre 2011, C-256/11, *Dereci e.a.*, point 71.

¹⁰³³ « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. », point 1 de l'article 19 TUE, précité.

¹⁰³⁴ Il s'agit de l'affaire *N.D et N.T c. Espagne* du 3 octobre 2017 devant la CourEDH, précitée.

cipe de non-refoulement et de l'interdiction des expulsions collectives¹⁰³⁵ sont défendables au titre de la CDFUE, dans la mesure où ils étaient placés sous le contrôle exclusif et continu de la Garde civile. L'applicabilité est donc sans équivoque vue sous l'angle de la juridiction espagnole.

Pour être déclarée recevable, la requête des victimes sera dirigée contre l'État membre, ici l'Espagne, et devra répondre à plusieurs conditions cumulatives de procédure, pour que la CJUE puisse examiner les griefs des requérants tirés de la violation de la Charte, préalable nécessaire pour saisir le juge interne, afin qu'il puisse statuer au fond. Pour ce faire, les requérants devront:

1. Démontrer que la violation alléguée concernent les droits et libertés fondamentaux visés aux Titres I et/ou II de la CDFUE. En effet, les atteintes à la dignité humaine, au droit d'asile ou au principe de non-refoulement, entraînent a fortiori des dommages d'une gravité extrême sur les individus, parce qu'ils peuvent s'entendre comme des traitements inhumains et dégradants. C'est d'ailleurs ce même motif qui justifie le caractère spécial de la procédure, puisqu'elle ne peut pas concerner tous les droits et libertés de la CFUE dans la mesure où il s'agit ici de remédier à la situation extrême dans laquelle se trouvent les requérants suite aux atteintes portées à leur propre personne. D'où l'intérêt que ce recours ne s'intéresse qu'à la violation des droits et libertés des titres I et/ou II;
2. S'assurer que cette violation grave et personnelle a eu lieu alors que l'État agissait dans le champ d'application du droit de l'UE. En l'espèce, les migrants devront s'assurer que leur refoulement tient aux agissements de la Garde civile.

¹⁰³⁵ Les migrants pourraient invoquer les droits fondamentaux du titre I de la CDFUE, et les combiner aux articles 19 et 19 CDFUE, dans la mesure où les atteintes au droit d'asile ou au principe de non-refoulement, pourraient s'analyser en des traitements inhumains et dégradants. Dans un souci de clarté, puisque l'objectif ici est de présenter un mécanisme de recours ouvert aux migrants refoulés depuis le pays de refoulement, nous nous intéresserons qu'aux griefs tirés des articles 18 et 19 CDFUE.

À partir du moment où la CJUE est saisie en urgence, il lui reviendra d'analyser les circonstances de droit et de fait qui justifient l'application de cette procédure d'Habeas Corpus, conformément à l'article 53 du Règlement de la Cour¹⁰³⁶. Pour ce faire, la formation de jugement devra vérifier que la violation des droits et libertés des titres I et/ou II de la CDFUE, soit directement 'rattachable' à la mise en oeuvre du droit de l'UE par l'État membre à peine d'irrecevabilité. Évidemment, cette appréciation pourra être conditionnée par la fixation de mesures d'instruction par voie d'ordonnance, dès lors que la Cour considère que les faits à prouver méritent une comparution personnelle des parties, une demande de renseignements ou une production de documents officiels sur les équipes et l'organisation de l'interception et du débarquement, une expertise médicale en cas de dommages physiques et/ou psychologiques suite à l'interception des migrants, ou une descente sur les lieux¹⁰³⁷. En revanche, la Cour pourra décider de ne pas tenir d'audience si elle estime, à la lecture des éléments qui lui auront été présentés par les parties, être suffisamment informée pour conclure en la violation de la Charte par l'État membre¹⁰³⁸.

Une fois la violation de la Charte constatée, la Cour devra dans le prononcé de son arrêt, présenter un exposé sommaire du litige ainsi que des données factuelles qui lui ont été présentées par le justiciable et l'État membre; constater en fait et en droit, la violation à l'un des droits et/ou libertés de la CDFUE dans la mise en oeuvre du droit de l'Union par ce même État membre; puis enjoindre le

¹⁰³⁶ Règlement de procédure de la Cour de justice, du 25 septembre 2012 (JO L 265 du 29.09.2012), tel que modifié le 18 juin 2013 (JO L 173 du 26.06.2013, p.65) et le 19 juillet 2016 (JO L 217 du 12.8.2016, p.69), article 53.

¹⁰³⁷ Règlement de procédure de la Cour de justice précité, points 1 et 2 de l'article 64.

¹⁰³⁸ Ces éléments font écho au point 2 de l'article 76 du Règlement de procédure de la Cour de justice précité, relatif l'audience de plaidoiries, lequel dispose que « *sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu, la Cour peut décider de ne pas tenir d'audience de plaidoiries si elle estime, à la lecture des mémoires ou observations déposés au cours de la phase écrite de la procédure, être suffisamment informée pour statuer* ».

juge suprême à se prononcer au fond, sur la violation alléguée de la Charte par les gardes frontières, afin d'obtenir le redressement approprié et la sanction de l'État¹⁰³⁹.

Quant au juge interne¹⁰⁴⁰, il ne pourra pas ni invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution de la Charte, ni prononcer la réserve de compétence étatique¹⁰⁴¹. En effet, il ne lui est pas demandé de contester, mais d'assurer l'exécution de l'arrêt rendu par le juge de l'Union, au titre de la violation des droits et libertés fondamentaux tels que consacrés dans la CDFUE¹⁰⁴². Pour ce faire, il devra choisir le redressement approprié, sachant que « le principe de la responsabilité de l'État entraîne l'effacement des conséquences illicites d'une violation du droit de l'UE »¹⁰⁴³. Vu que le caractère immédiat et collectif de l'expulsion a privé les étrangers du bénéfice du droit international des réfugiés, le Tribunal suprême devra ordonner à ce que le Ministre de l'Intérieur enregistre leur demande d'asile, dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, du TUE et du

¹⁰³⁹ « L'arrêt a force obligatoire à compter du jour de son prononcé. », Règlement de procédure de la Cour de justice précité, point 1 de l'article 91.

¹⁰⁴⁰ Sachant qu'il s'agit de la violation d'un droit fondamental protégé par la CDFUE, il apparaît essentiel que le juge interne soit le juge suprême. Concernant l'Espagne, il s'agirait du Tribunal suprême (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 02 de Julio de 1985, Título IV., *De la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales*, Capítulo primero., *Del Tribunal Supremo*, art. 53 - 61 sexies).

¹⁰⁴¹ Cf. note de bas de page n°909.

¹⁰⁴² « Il y a lieu de rappeler, tout d'abord, que le traité CEE a créé un ordre juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des États membres et qui s'impose à leurs juridictions, dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants et que, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit communautaire est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique; ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires. », CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62, *Van Gend en Loos*, p.23;

¹⁰⁴³ « Il en résulte que le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité. L'obligation, pour les États membres, de réparer ces dommages trouve également son fondement dans l'article 5 du traité, en vertu duquel les États membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire. Or, parmi ces obligations se trouve celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire. », CJCE, *Francovich*, précitée, points 35 et 36.

TFUE¹⁰⁴⁴, puis de la loi de 2009 sur l'asile. Tel est le sens concret donné au redressement approprié, lorsqu'il s'agit d'expulsions immédiates et collectives d'étrangers.

Ainsi, cette procédure assurerait au particulier lésé dans ses droits, le bénéfice d'une nouvelle protection juridictionnelle, en devenant l'assise incontournable du dialogue des juges dans le contentieux des libertés fondamentales.

En somme, l'engagement de la responsabilité de l'État ne peut plus être une affaire exclusive de la Commission ou du Conseil, dans la mesure où il n'y a que le justiciable et le juge, pour opposer à l'État ses propres turpitudes. Par conséquent, l'attribution de droits au profit des particuliers, implique nécessairement le bénéfice d'un recours effectif devant un juge, pour assigner l'État et obtenir de sa part, la réparation des conséquences du préjudice causé par ses agissements lorsqu'il met en oeuvre le droit de l'UE.

Concernant le refoulement des migrants, il appartient à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre du droit national de la responsabilité¹⁰⁴⁵, le droit des étrangers à obtenir réparation des dommages qui leur ont été causés du fait de leur expulsion immédiate et collective vers la Mauritanie. Partant, l'intervention de la CJUE respecte le cadre imposé par l'article 5 TUE et 51 CDFUE, dès lors qu'elle ne se substitue pas au juge interne dans le prononcé du redressement et de la sanction. Intermédiaire indispensable pour assurer la prééminence du droit dans l'ELSJ, la CJUE semble répondre à l'idéal de protection juridictionnelle effective des droits et libertés fondamentaux. Encore faut-il pouvoir en mesurer la potentialité.

¹⁰⁴⁴ Tels sont les termes de l'article 18 CDFUE, précitée.

¹⁰⁴⁵ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE, núm. 236, de 02/10/2015, art. 32-37.

Conclusion

TITRE 1

La stratégie extraterritoriale de l'Espagne altère délibérément les droits fondamentaux. En effet, le Gouvernement espagnol semble assumer son impéritie, en considérant les renvois expéditifs et sommaires de migrants comme une simple évidence. Or, le principe de non-refoulement et de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants implique de la part des autorités espagnoles de ne pas renvoyer les exilés tant qu'elles ne sont pas assurées du sort des migrants lorsqu'ils seront débarqués puis placés sous le contrôle du Pays tiers. Pourquoi alors les autorités s'obstinent à considérer ces pratiques comme un gage d'efficacité si, dans les faits, elles entraînent la violation systématique du droit des réfugiés et des droits de l'homme? L'efficacité de la protection des frontières ne peut se superposer à l'efficacité du droit international. C'est un fait du pouvoir gouvernemental. L'extraterritorialité appliquée aux contrôles aux frontières est la conséquence d'une mutation intentionnelle du droit.

TITRE 2

Incompatibilité de l'extraterritorialité avec la règle de non-refoulement

La stratégie extraterritoriale des frontières empêche que les bateaux de fortune rejoignent les côtes espagnoles. Les exilés se trouvant à bord sont remis ou débarqués sur le territoire du pays partenaire sans autre alternative. C'est une expulsion collective et injustifiée, sans motif et sans appréciation du risque d'être soumis à la peine de mort, à la torture, à la persécution ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. En Méditerranée cette pratique forme un dispositif à part entière de la coopération avec les pays tiers en matière de frontières. Elle illustre le défaut de pression juridique de la règle de non-refoulement dans le droit international (Chapitre 1), et les ambiguïtés du droit face à la responsable de l'Etat (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

Un problème du droit international

Le droit de l'UE interdit le débarquement, la remise, l'entrée forcée ou la conduite d'une personne dans un pays, pour laquelle il existe un risque sérieux qu'elle soit soumise à la peine de mort, la torture, à la persécution, à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, ou d'être expulsée vers un autre pays en violation du principe de non-refoulement¹⁰⁴⁶. Il implique de l'administration et du juge espagnols qu'ils s'enquêtent de ce risque avant la remise de la personne aux gardes-frontières du pays partenaire. Cependant le refoulement d'exilés en Méditerranée est une réalité qui illustre la flexibilité et le caractère permissif de la règle de non-refoulement. En effet c'est l'ordre juridique lui-même qui concourt à la faible juridicité du principe de non-refoulement et qui ouvre une brèche sur la normalisation des débarquements et des remises injustifiées d'exilés entre la police espagnole et du pays tiers. La faible juridicité de la règle de non-refoulement à l'échelle des opérations de surveillance extraterritoriale des frontières est un motif (Section 1) et une raison (Section 2) du non-droit.

¹⁰⁴⁶ Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, art. 4.1.

Section 1 La faible juridicité du principe de non-refoulement: un motif du non-droit

La corne ouest de l'Afrique occidentale est une zone de refoulement où les remises injustifiées et collectives d'exilés se sont standardisées pour constituer une entrave aux obligations de protection¹⁰⁴⁷. Existant pour lutter efficacement contre l'entrée irrégulière des exilés, le refoulement illustre l'émancipation de l'État par rapport aux impératifs du droit international des réfugiés et des droits de l'homme d'une part; qu'il existe une exception à l'application de la règle de non-refoulement à l'échelle de ces opérations d'autre part. Cette exception est le non-droit, c'est-à-dire l'absence du droit là où il aurait vocation à s'appliquer, ou ce que CARBONNIER, définit comme « l'abandon, par le droit, d'un terrain (...) qu'il aurait été de sa compétence d'occuper »¹⁰⁴⁸.

Le phénomène de non-droit est un recul de juridicité du droit¹⁰⁴⁹ dans un espace particulier. Il est le fait de l'État puisque c'est à lui que revient la tâche de décider du degré de ce qui est, ou n'est pas juridique. À cet égard, l'option des débarquements et remises injustifiés d'exilés par les gardes civils est particulièrement éclairante sur le faible niveau de juridicité de la règle de non-refoulement dans les textes relatifs à la surveillance extérieure des frontières. En effet les expulsions injustifiées d'exilés conjointement menées par la police espagnole et des pays partenaires expliquent ce phénomène de modulation de du droit, où ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé. Pourtant

¹⁰⁴⁷ Il s'agit de l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers (se référer à l'article 18.1 de la CDFUE précitée, et à l'article 4 du Protocole n°4 de la ConvEDH, précités), et de leur éloignement vers un État où il existe un risque sérieux qu'ils soient soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants (se référer à l'article 33.1 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, à l'article 3.1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, à l'article 3 de la ConvEDH précitée et à l'article 18.2 de la CDFUE, précitées).

¹⁰⁴⁸ J. CARBONNIER (juriste, ancien Professeur de droit), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 2ème éd., 2004, p. 27.

¹⁰⁴⁹ « La juridicité est la qualité de ce qui est juridique, de ce qui est droit. », B. BARRAUD (Professeur contractuel à l'Université de Bourgogne-Franche-Comté), *L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique* (première partie : présentation). Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2013, p. 369.

la modulation du principe de non-refoulement ne devrait pas être envisageable compte tenu du caractère impératif¹⁰⁵⁰ du principe et de son statut de 'jus cogens'¹⁰⁵¹. Cette ambiguïté illustre un défaut de pression juridique de la règle de non-refoulement qu'il convient d'évaluer d'abord (1), mesurer ensuite (2).

1) *Les critères de juridicité du principe de non-refoulement en droit espagnol*

La juridicité aspire à l'évaluation objective du degré de reconnaissance juridique de la règle internationale dans le système juridique espagnol. Compte tenu de la standardisation des débarquements et remises immédiate d'exilés en Méditerranée pour empêcher leur arrivée en Espagne, la pression juridique de la règle de non-refoulement n'est pas suffisante pour contraindre les gardes civils espagnols à ne pas remettre ou débarquer les exilés sur le territoire du pays partenaire. Ce basculement d'une règle contraignante dans le droit international à aucunement dans la pratique, n'est pas fortuit puisqu'il procède du défaut d'absorption de la règle dans le droit de l'UE relatif à la gestion des frontières extérieures. L'infléchissement de la force juridique de la règle de non-refou-

¹⁰⁵⁰ J. ALLAIN (Professeur de droit international public, University of Hull, UK) « *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement* », 13(4) *International Journal of Refugee Law*, 2001, pp. 533-58. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, « *Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* », extrait.

¹⁰⁵¹ HCR, Conclusions générales n° 25 (XXXIII) - 1982, 33e Session du Comité exécutif, § b).

lement s'explique en faisant application des six critères de juridicité¹⁰⁵² proposée par BARRAUD¹⁰⁵³.

- *La valeur universelle du principe de non-refoulement*

Le principe de non-refoulement constitue la pierre angulaire de la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés. Il est jugé par le HCR si important qu'il ne peut faire l'objet d'aucune réserve¹⁰⁵⁴, et son universalité correspond à l'idéal de justice et d'humanité porté par les Nations-unies et l'histoire. Inhérent à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, le principe de non-refoulement procède de la dignité inhérente à la personne humaine¹⁰⁵⁵, et constitue une exigence du droit international et européen des droits de l'homme¹⁰⁵⁶. Pour ainsi dire sa valeur découle de sa « légitimité axiologique »¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵² Il s'agit de la valeur, la validité, la qualité, la sanction, l'application et l'efficacité de la règle de non-refoulement.

¹⁰⁵³ « Chacun des six critères représente un aspect singulier de la juridicité, un élément constitutif remarquable du phénomène juridique. Aussi tous correspondent-ils fatalement à des courants doctrinaux bien spécifiés, telle est la conséquence logique du recours à une définition lexicale. Les vocabulaires propres aux tendances théoriques en cause seront néanmoins évincés volontairement des intitulés des critères et il ne se trouvera, en particulier, ni critère normativiste, ni critère jusnaturaliste, ni critère réaliste, ni critère sociologique. En effet, ce n'est qu'en s'écartant et en dépassant les acceptions partielles et partiales du droit qu'il devient possible d'en offrir une définition totale, soit une définition partant des dites acceptions partielles et les réduisant en fragments de l'acception totale ne portant plus sens de manière isolée. », B. BARRAUD (Professeur contractuel à l'Université de Bourgogne-Franche-Comté, Chercheur associé au LID2MS). L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation). Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2013, pp. 17.

¹⁰⁵⁴ « Certaines dispositions de la Convention sont jugées si importantes qu'elles ne peuvent faire l'objet d'aucune réserve. C'est le cas notamment de la définition du terme "réfugié" et du principe du non-refoulement (...). », Convention de Genève relative au statut des réfugiés, précitée, note introductive du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), p 5.

¹⁰⁵⁵ Les droits protégés dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants de 1984 et le PIDCP « procèdent de la dignité inhérente à la personne humaine » (Préambules respectifs des deux normes), à l'instar du principe de non-refoulement consacré dans les articles 3.1 pour la première, et 7 pour le second.

¹⁰⁵⁶ « Si le principe de non-refoulement n'est ni le corollaire ni l'émanation de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, il en est une exigence. », K. PLOUFFE-MALETTE (Avocate; Chargée de cours, Université de Montréal et UQAM), « Olivier Delas, principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme: de la consécration à la contestation », en ligne sur: https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/RQ-DI_25-2_15_PlouffeMalette.pdf

¹⁰⁵⁷ Cf article de B. BARRAUD, précité, p. 18.

- *La validité* fragmentée du principe de non-refoulement

Une règle de droit est valide à partir du moment où elle est intégrée à un système de droit. En droit espagnol le principe de non-refoulement est valide depuis que l'Espagne a adhéré à la Convention de Genève sur le statut des réfugiés de 1951, au Protocole de New-York de 1967¹⁰⁵⁸, et à l'UE¹⁰⁵⁹. Cependant il ne l'est pas à l'échelle du partenariat opérationnel entre l'Espagne et les pays tiers, puisque les remises et débarquements injustifiés d'exilés font partie du dispositif mis en place pour procéder à l'endiguement des flux migratoires depuis le territoire des pays tiers. Le principe de non-refoulement n'est pas une règle valide à l'échelle des frontières extérieures.

- *La qualité* superficielle du principe de non-refoulement

Le principe de non-refoulement est une règle de conduite obligatoire formulée de manière générale, abstraite et impersonnelle mais qui ne satisfait pas à l'exigence de sécurité juridique¹⁰⁶⁰, puisqu'elle ne permet pas de distinguer le permis de l'interdit¹⁰⁶¹, c'est-à-dire ce qui constitue - ou pas - un refoulement. Cette confusion procède de l'imprécision des textes internationaux et du fait que l'État demeure le seul interprète du principe de non-refoulement. C'est ainsi que les autorités espagnoles débarquent et remettent les exilés à leurs homologues étrangers sans que cette opération soit consi-

¹⁰⁵⁸ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

¹⁰⁵⁹ « *L'Union développe une politique commune en matière d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire (...). Cette politique doit être conforme à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés, ainsi qu'aux autres traités pertinents.* », TFUE, précité, art. 78.1. De surcroît, les articles 18 et 19.1 de la CDFUE sur le droit d'asile et l'interdiction du refoulement s'appliquent lorsque l'État met en oeuvre la politique d'asile de l'UE.

¹⁰⁶⁰ Cf article de B. BARRAUD, précité, p. 23.

¹⁰⁶¹ Cf article de B. BARRAUD, précité, p. 27.

dérée comme un refoulement. Au contraire les débarquements et remises injustifiées forment un dispositif à part entière de la coopération entre l'Espagne et les pays tiers afin d'empêcher les arrivées à la frontière espagnole. La règle de non-refoulement n'a pas la qualité requise pour empêcher ces pratiques.

- *La sanction exclusivement européenne du non-respect du principe de non-refoulement*

Définie comme « le critère le plus intuitif de la juridicité »¹⁰⁶², la sanction est une contrainte prononcée par une instance publique pour punir les comportements contraires aux règles établies. Pour ce faire elle doit exister juridiquement et être efficace¹⁰⁶³.

Concernant le refoulement des exilés, il s'agit d'un manquement au droit des réfugiés et des droits de l'homme car le caractère injustifié des remises ne permet pas de garantir qu'ils ne seront pas remis à l'opresseur. Du côté de la loi espagnole sur le pouvoir judiciaire, l'engagement de la responsabilité des autorités est possible par le prisme de la juridiction puisque ce manquement est le fait d'une administration publique¹⁰⁶⁴. Sa sanction est illusoire sans droit à un recours effectif en droit interne.

En revanche l'article 34 de la ConvEDH comporte une règle procédurale permettant aux migrants de saisir la CourEDH dès lors qu'ils se prétendent victimes d'une violation des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. À cet égard le refoulement aux frontières s'analyse en un traite-

¹⁰⁶² Cf article de B. BARRAUD, précité, p. 28.

¹⁰⁶³ Cf article de B. BARRAUD, précité, p. 29.

¹⁰⁶⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 02/07/1985, art. 24.

ment inhumain et dégradant¹⁰⁶⁵ et une expulsion collective¹⁰⁶⁶, sans droit à un recours effectif¹⁰⁶⁷. Par conséquent, l'intervention du juge européen permettrait la sanction de l'Espagne lorsqu'elle refoule les migrants de manière injustifiée, uniquement si les exilés ont pu saisir la CourEDH y compris depuis le pays vers lequel elles ont été refoulées.

- *L'application* nulle du principe de non-refoulement par les destinataires publics

Selon HART, il y a mise en oeuvre d'une règle de droit lorsque les organes d'application du droit à savoir l'administration et le juge, « agissent effectivement dans le respect des normes secondaires, appliquent le droit de la même façon dans les cas similaires et sanctionnent la violation du droit lorsqu'elle se produit »¹⁰⁶⁸.

En ce qui concerne l'application du principe de non-refoulement par le ministre de l'Intérieur et les gardes civils, elle est compromise puisque la politique partenariale conclue avec les pays tiers vise expressément à refouler ceux qui ont décidé de prendre la mer pour rejoindre les côtes espagnoles. Quant au juge espagnol il ne peut pas contrôler l'activité de l'administration par rapport à la règle de non-refoulement puisqu'il est évincé de la gestion des frontières extérieures¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ CourEDH, *Hirsi Jamaa c. Italie*, précitée, §§ 83 à 158.

¹⁰⁶⁶ CourEDH, *N.D et N.T c. Espagne*, précitée, §§ 98 à 108.

¹⁰⁶⁷ Sur la violation de l'article 13 combiné avec les articles 3 de la Convention et 4 du Protocole n°4: CourEDH *Hirsi Jamaa*, précitée, §§ 187 à 207; Sur la violation de l'article 13 combiné avec l'article 4 du Protocole n°4: *N.D et N.T c. Espagne*, §§ 109 à 122.

¹⁰⁶⁸ H. L. A HART (Juriste et philosophe du droit), « *Le concept de droit* » (1961), trad. M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2006, p. 130.

¹⁰⁶⁹ Cf. Ley Orgánica 6/1985, art. 23.3.

- *L'efficacité* illusoire du principe de non-refoulement

Selon BARRAUD, « l'efficacité d'une règle réside dans sa capacité à orienter les comportements ou le fonctionnement des institutions »¹⁰⁷⁰. Or ce critère ne peut pas être rempli dès lors que l'assimilation du principe de non-refoulement dans la hiérarchie normative et son acceptation par les destinataires publics sont illusoires.

2) *Le calcul de la juridicité du principe de non-refoulement dans le droit espagnol:*

La juridicité du principe de non-refoulement se mesure sur la base d'un calcul mathématique permettant de noter chacun des six critères sur une échelle de 0 à 4. Sachant que la valeur, la validité, la qualité, la sanction, l'application et l'efficacité de la règle « sont des propriétés comportant forcément différents échelons de magnitude »¹⁰⁷¹, leur mesure peut s'apprécier comme suit:

- nullement rempli (0/4);
- faiblement rempli (1/4);
- moyennement rempli (2/4);
- fortement rempli (3/4);
- pleinement rempli (4/4).

En l'espèce:

- a) Le critère de la valeur est pleinement rempli puisque c'est un principe universellement reconnu en droit international des réfugiés et des droits de l'homme. Même si le droit espagnol n'en fait aucunement la mention expresse, sa légitimité axiologique ne fait aucun doute: 4/4;

¹⁰⁷⁰ Cf article de B. BARRAUD, précité, p. 34.

¹⁰⁷¹ Cf B. BARRAUD, précité, p. 38.

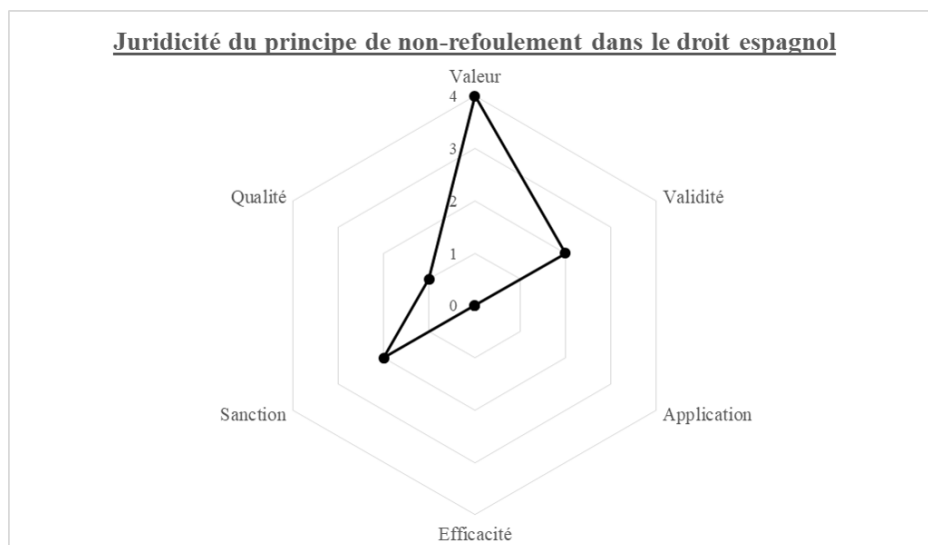
- b) En dépit de l'adhésion de l'Espagne à la Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951, il ne peut pas y avoir de validité du principe avérée puisque le refoulement d'exilés procède de la logique d'endigement des flux migratoires souhaitée par les autorités espagnoles: 2/4;
- c) Le critère de la qualité est faiblement rempli dans la mesure où le principe de non-refoulement est une règle de conduite obligatoire du droit international qui s'impose à l'État espagnol, mais qui ne constitue pas pour autant une interdiction d'être en droit espagnol: 1/4;
- d) Le critère de la sanction est moyennement rempli car elle ne pourrait relever que de la Cour-EDH: 2/4;
- e) Le critère de l'application est nullement rempli car ni l'administration ni le juge n'appliquent la règle: 0/4;
- f) Le critère de l'efficacité est nullement rempli en l'absence d'assimilation en droit et d'acceptation par les destinataires publics du principe de non-refoulement: 0/4.

À partir de cette « estimation approximative de la réalité juridique »¹⁰⁷² de la règle de non-refoulement, il faut maintenant faire un calcul mathématique pour apprécier sa juridicité. Il s'agit d'additionner les six critères notés sur 4 d'abord, les diviser par 2,4 ensuite. Car selon BARRAUD, « la satisfaction à chacun des critères étant notée à partir d'un instrument incluant cinq rangs, de 0 à 4, et la force juridique correspondant à la somme des six critères, cette dernière peut être, dans un premier temps, exprimée au moyen d'une échelle à vingt-cinq étages, de 0 à 24. Afin de conférer aux conclusions plus de sens et de pertinence, il est souhaitable que l'échelle de juridicité ne comporte, in fine, que onze échelons, de 0 à 10. Aussi la somme dérivée des six critères doit-elle être

¹⁰⁷² Cf B. BARRAUD, précité, p. 38.

divisée par 2,4 »¹⁰⁷³. Donc en additionnant les six critères du principe de non-refoulement, le calcul est : $(4+2+1+2+0+0) / 2,4 = 3,7$ soit 4.

La juridicité du principe de non-refoulement est faible c'est-à-dire de niveau 4 :



Le refoulement existe car la règle de non-refoulement n'est pas une interdiction suffisamment contraignante pour conditionner de manière effective les opérations de surveillance extraterritoriale des frontières telles qu'envisagées par l'Espagne. Elle est permissive ce qui entraîne la perte du caractère impératif du principe de non-refoulement et le non-droit.

¹⁰⁷³ Cf B. BARRAUD, précité, p. 39.

Section 2 La faible juridicité du principe de non-refoulement: une raison au non-droit

La stratégie extraterritoriale des frontières témoigne du faible degré de juridicité du principe de non-refoulement. Elle rend possible les opérations de refoulement des exilés, sans qu'elles soient nommées comme telles, ainsi que leur normalisation. Ces distorsions représentent un risque de dilution de la règle 'Pacta sunt servanda', alors que la bonne foi est « l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques (...)»¹⁰⁷⁴. En effet la règle de non-refoulement est une interdiction « permissive » compte tenu de faible degré de juridicité, qui favorise les manquements au droit des réfugiés et des droits de l'homme. Cela signifie que l'Espagne peut contourner l'obligation conventionnelle de non-refoulement et s'autoriser à remettre les exilés de manière injustifiée, sur la base du partenariat conclu avec ses premiers voisins. Dans ce cas la règle de non-refoulement cesse d'exister juridiquement pour tendre au non-droit (1), y compris au sein de l'UE (2).

1. Une brèche ouverte au « non-droit »

Selon CARBONNIER, « les phénomènes de non-droit sont les mécanismes par lesquels le droit se retire »¹⁰⁷⁵, parce ce qu'ils tendent à ne plus donner forme et substance à la règle de droit. Pour RICCI cette mutation du droit au non-droit procède de l'État puisque « le non-droit n'existe

¹⁰⁷⁴ CIJ, 20 déc. 1974, arrêt, *Essais nucléaires*, Rec. 1974, § 46, p.268 (extraits).

¹⁰⁷⁵ J. CARBONNIER (Juriste, ancien Professeur de droit civil), « *Flexible droit* », Paris, LGDJ, 10ème éd., 2001, p. 27.

qu'à l'intérieur des espaces juridiques, c'est-à-dire du droit étatique »¹⁰⁷⁶. L'extraterritorialité entraîne le non-droit compte tenu du faible degré de juridicité de la règle de non-refoulement, et la main-mise du pouvoir étatique sur la réalité ontologique du droit à l'échelle des frontières extérieures. Ainsi la coopération opérationnelle de l'Espagne avec les pays tiers se structure autour du refoulement sans que ce basculement vers l'inconventionnel ne soit considéré comme tel. Dès lors les remises et débarquements injustifiés d'exilés ont un intérêt stratégique parce qu'ils sécurisent les frontières espagnoles du franchissement non-autorisé.

Dans la jurisprudence N.D et N.T de la CourEDH, le Gouvernement espagnol justifie le recours aux expulsions injustifiées et collectives d'étrangers¹⁰⁷⁷ par des motifs d'ordre public et de sécurité intérieure¹⁰⁷⁸. L'objectif du dispositif mis en place à la frontière hispano-marocaine est d'empêcher le franchissement non-autorisé en application du code frontières Schengen. Eu égard à cette circonstance les requérants ne pouvaient pas se prétendre victimes d'une expulsion injustifiée et collective selon le Gouvernement. La sécurité légitime le non-droit aux frontières extérieures.

La stratégie extraterritoriale des frontières participe au non-droit puisqu'elle vise la sécurisation des espaces frontaliers, en empêchant les départs du côté de la Mauritanie et autres pays voisins. Elle

¹⁰⁷⁶ R. RICCI (Professeur agrégé de droit public à l'Université Paris XIII), « *De la nécessité de redéfinir la frontière entre droit et non-droit* », in « *Jean Carbonnier - l'Homme et l'oeuvre* », sous la direction de Raymond Verdier, Presses universitaires de Paris ouest, p.163-164.

¹⁰⁷⁷ « *Le respect des obligations découlant de la Convention et de l'article 4 du Protocole n°4 est, selon le Gouvernement, compatible avec le maintien par l'Espagne d'un dispositif de protection des frontières (...). Il ajoute que l'Espagne, en tant qu'État souverain, membre de l'Union européenne et frontière extérieure de cette dernière, a l'obligation de protéger, surveiller et sauvegarder ses frontières. Il estime qu'il s'agit dès lors d'une obligation qui dépasse le cadre strictement national pour se convertir en une responsabilité envers l'ensemble de l'Union européenne (...). Le Gouvernement conclut qu'un dispositif de protection des frontières a été établi pour faire barrage à l'entrée illégale des personnes qui omettraient volontairement de suivre la procédure permettant de demander l'entrée légale ou la protection internationale au poste-frontière autorisé. Enfin, il indique qu'il n'existe pas de droit inconditionnel pour les étrangers de pénétrer par n'importe quel endroit dans les États membres du Conseil de l'Europe.* », CourEDH, N.D et N.T c. Espagne, précité, §§ 74, 76 et 79, extraits.

¹⁰⁷⁸ « *Le Gouvernement indique à cet égard que le TFUE lui-même précise, dans son article 72 (...), que les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration ne portent pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres en matière de maintien de l'ordre public et de sauvegarde de la sécurité intérieure. Il estime qu'une interprétation dynamique de la Convention ne peut mener jusqu'à garantir le droit de violer le dispositif de protection des frontières qui aurait été mis en place en donnant aux non-ressortissants la possibilité d'utiliser – en dehors du pays dans lequel ils souhaitent entrer – les procédures prévues pour leur entrée.* », CourEDH, N.D et N.T c. Espagne, précité, § 73.

consiste en un déploiement des forces espagnoles dans l'espace maritime de l'État voisin, sur la base d'accords de partenariat conclus entre la Garde civile et son homologue étranger. La première intercepte et remet au second les exilés qui étaient sur le départ. La situation humanitaire ne se pose pas puisque la stratégie prévient les risques de migration illégale par la non-prise en charge des exilés. En effet les gardes civils ne font que remettre ou débarquer ces personnes sur le territoire du pays partenaire car le dispositif opérationnel de surveillance extraterritoriale des frontières aspire à l'expulsion collective et injustifiée d'exilés.

Le non-droit procède de la conception fonctionnelle de la frontière, où l'opérationnel prend l'avantage sur le juridique comme si la prééminence du droit n'existait pas. Par conséquent la retraite de la règle de non-refoulement procède des choix stratégiques qui ont été faits pour protéger et surveiller les frontières de Schengen.

2. Une souscription européenne au non-droit

Dans leur Déclaration conjointe¹⁰⁷⁹, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, ainsi que le Niger, le Tchad, et la Libye, ont convenu de deux mesures d'extraterritorialité pour réussir à relever le défi de la migration et de l'asile en Méditerranée. Ils s'intéressent à l'effet de la crise migratoire et non à sa cause. Il s'agit de renforcer de la coopération avec les pays d'origine pour « endiguer les flux d'immigration irrégulière bien avant qu'ils n'atteignent les côtes méditerranéennes »¹⁰⁸⁰, au

¹⁰⁷⁹ Déclaration conjointe - relever le défi de la migration et de l'Asile, 28 Août 2017, en ligne sur: <http://www.elysee.fr/declarations/article/declaration-conjointe-relever-le-defi-de-la-migration-et-de-l-asile/>

¹⁰⁸⁰ Cf Déclaration précitée, point 2.2-1.

moyen d'une programmation ciblée sur l'Afrique subsaharienne¹⁰⁸¹. Ensuite il est question de la réinstallation des personnes ayant besoin d'une protection internationale, sur les routes migratoires qui convergent vers l'UE et en coopération étroite avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés¹⁰⁸². Ces stratégies s'opposent à l'accueil des exilés dans l'UE mais militent pour la mise à l'abri des personnes dans les pays tiers. Se pose alors la question des ressortissants de ces mêmes pays soumis à des persécutions ou à la violence, et de ceux qui sont en transit et qui ne peuvent pas demander l'asile, compte tenu des carences du droit des réfugiés et des droits de l'homme dans ces mêmes pays. En effet la gestion extraterritoriale des frontières contribue à retenir les exilés dans les pays tiers, mais ne règle pas le problème des départs.

La gestion extraterritoriale des frontières consiste à traiter le problème des départs forcés dans pays d'origine et de transit « à la racine »¹⁰⁸³ pour contenir les départs de demandeurs de de protection vers l'UE, sans que les violences et les persécutions dont ils sont victimes rentrent en ligne de

¹⁰⁸¹ « L'Allemagne, la France, l'Espagne, l'Italie et la HR/VP se félicitent de la coopération et des efforts déployés par le Maroc, la Mauritanie et l'Algérie dans la lutte contre les réseaux de passeurs et la gestion des flux migratoires en provenance d'Afrique sub-saharienne. Elles encourageront le renforcement de la coopération financière, technique et matérielle de l'UE avec ces pays de transit des migrations irrégulières en provenance d'Afrique sub-saharienne pour leur permettre de mieux protéger leurs frontières et de mieux lutter contre les passeurs. », Déclaration conjointe précitée, 2.4-3.

¹⁰⁸² « Ils reconnaissent la nécessité, une fois la migration irrégulière organisée par les passeurs réduite, d'organiser la réinstallation des personnes ayant besoin d'une protection internationale, qui sont particulièrement vulnérables. Tout en soulignant l'importance de la réinstallation depuis les autres pays de la route Méditerranée centrale et la nécessité de poursuivre la réinstallation depuis les autres routes migratoires, en coopération étroite avec le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et conformément aux priorités de l'UE, l'Allemagne, l'Espagne, la France et l'Italie sont convenues de mener des missions de protection au Niger et au Tchad, en étroite concertation et en accord avec leurs gouvernements (voir le non papier joint) en vue de la réinstallation de réfugiés. La lutte contre les trafics d'êtres humains et le renforcement des possibilités de réinstallation devraient aller de pair: », Déclaration conjointe précitée, 2.2-3.

¹⁰⁸³ « L'agenda européen en matière de migration soulignait qu'une politique migratoire réussie devait inévitablement fonctionner tant à l'extérieur qu'à l'intérieur de l'Union. L'Europe se doit d'accueillir, en toutes circonstances, les personnes ayant besoin de protection. Mais il est dans l'intérêt de tous que les crises qui contraignent les réfugiés à quitter leur pays et à prendre la route au péril de leur vie soient traitées à la racine. », Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, « Gestion de la crise des réfugiés: état d'avancement de la mise en œuvre des actions prioritaires prévues par l'agenda européen en matière de migration », 14.10.2015, COM(2015) 510 final, p.15.

compte pour accéder au refuge. Cette approche suspend le droit de quitter un pays y compris le sien devant la persécution, la guerre ou les mauvais traitements¹⁰⁸⁴.

La gestion extraterritoriale des frontières procède de la neutralisation¹⁰⁸⁵ de la règle de non-refoulement. Celle-ci se matérialise au moment où les gardes civils remettent ou débarquent les exilés interceptés en mer aux autorités du pays tiers. Elle conforte l'approche opérationnelle des frontières puisqu'elle contribue à lutter contre la migration illégale, mais marque le retrait du principe de non-refoulement là où il a vocation à être présent¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁴ « Notre approche est conforme au droit international et repose sur le plan d'action adopté au Sommet de La Valette par l'Union européenne et l'Union africaine, qui appelle à une responsabilité partagée entre les pays d'origine, de transit et de destination. », 1- premier paragraphe, Déclaration conjointe précitée.

¹⁰⁸⁵ J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », Archives de philosophie du droit, Sirey, Paris, 1963 ; repris in Flexible droit, p. 31.

¹⁰⁸⁶ Cf J. CARBONNIER, précité, p. 32 *in fine*.

CHAPITRE 2

Un enjeu idéologique

La stratégie extraterritoriale des frontières est la projection extérieure de celle mise en place à la frontière territoriale espagnole qui fait face au Maroc. Elles visent l'une comme l'autre à superposer la frontière territoriale sur celle du pays voisin, pour endiguer les flux migratoires, en ayant recours au refoulement. Elles forment une zone de non-franchissement.

La frontière extraterritoriale s'est construite autour du partenariat policier sur laquelle l'État espagnol exerce une contrainte pour arrêter les exilés qui souhaitent rejoindre les côtes espagnoles. Elle est une frontière fictive qui rend illusoire l'exercice des droits parce qu'elle échappe à toute convention. Par conséquent, la sécurité aux frontières envisagée en Espagne n'est pas conforme à la sécurité décrite dans la Constitution et la loi¹⁰⁸⁷ puisqu'elle retire au lieu de garantir la règle de non-refoulement (Section 1). Sans contrainte juridique le basculement dans le sécuritaire est inévitable. (Section 2).

¹⁰⁸⁷ Cf. Constitution espagnole, précitée, art. 104.1; LO 4/2015, précitée, art. 1.

Section 1 Le principe de non-refoulement confrontée à la tradition sécuritaire espagnole

La Convention de Genève relative au statut des réfugiés a marqué un tournant au sein de la communauté internationale en créant une obligation qui interdit l'expulsion des personnes qui fuient les persécutions. Le principe de non-refoulement est cet impératif d'ordre universel qui s'applique aux réfugiés ainsi qu'aux personnes qui craignent d'être renvoyées là où elles risquent la mort, la torture ou des peines ou traitements inhumains et dégradants depuis l'avènement de la protection subsidiaire.

Dans les faits la règle de non-refoulement implique que les expulsions d'étrangers soient justifiées par l'administration et qu'elles ne violent pas les droits fondamentaux. Les remises d'étrangers organisées par la Garde civile à la frontière extraterritoriale sont des expulsions qui violent le principe de non-refoulement car elles ont été exécutées sans vérifier si les personnes n'étaient pas des réfugiés ou des demandeurs d'asile potentiels, des mineurs non-accompagnés et/ou malades. Cela signifie que le principe de non-refoulement n'est pas une règle suffisamment coercitive dans le dispositif d'éloignement mis en place à la frontière extraterritoriale par les autorités espagnoles (1). En dépit de son rang dans l'ordre international, le principe de non-refoulement est une règle impérative, mais sans être une contrainte (2).

1) *Le défaut d'absorption du principe de non-refoulement par le droit espagnol*

En tant que sujet de droit international, l'État dispose de la pleine compétence pour décider ce que sera son droit. « Reflet de son autonomie constitutionnelle »¹⁰⁸⁸, il décide des normes qui seront applicables sur son territoire, et s'autorise à en ratifier d'autres selon les circonstances du moment. Par le texte, il marque son identité.

Concernant l'identité humaniste de l'Espagne, c'est l'adhésion de l'État à la Convention de Genève de 1951 et le Protocole de New-York de 1967 relatifs au statut des réfugiés le 14 août 1978¹⁰⁸⁹ qui permit à la nouvelle démocratie espagnole de se doter d'un premier instrument de protection des droits de l'homme, sans la culture et le recul nécessaire par rapport à cette question. En dépit d'un manque d'expérience en la matière, le législateur s'est montré progressiste lors de l'écriture de la première loi sur l'asile en 1984¹⁰⁹⁰, en ouvrant le droit d'asile en tout point de la frontière espagnole, et indépendamment du caractère légal ou non de son franchissement¹⁰⁹¹. Cette loi envisageait l'étranger comme un réfugié et l'accueil comme un dispositif de prévention contre le refoulement.

¹⁰⁸⁸ V. HUET (docteur en droit de l'Université d'Aix-en-Provence), « L'autonomie constitutionnelle de l'État : déclin ou renouveau ? », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 73, n°1, 2008, p 65.

¹⁰⁸⁹ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

¹⁰⁹⁰ Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984 (texte abrogée).

¹⁰⁹¹ « *La demande d'asile peut être effectuée en tout point de la frontière espagnole même si la personne n'est pas en possession de documents en règle, dans ce dernier cas l'adoption de mesures conservatoires peut être envisagée.* », Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, Exposición de Motivos, II. 3., extrait, traduction personnelle; « *L'entrée illégale sur le territoire national ne pourra pas être reconnue si elle touche une personne qui remplit les conditions pour bénéficier du statut de réfugié, pourvu qu'elle se présente sans délai aux autorités* », Ley 5/1984, précitée, art. 4.1 al. 2; « *La recevabilité de la demande d'asile déposée en tout point de la frontière entraînera l'autorisation du demandeur à entrer et à séjourner provisoirement [en Espagne].* », Ley 5/1984, précitée, art. 4.2, extrait.

Ainsi rédigée la première loi sur l'asile était conforme à l'esprit de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés.

Dix ans après la loi 1984 n'a pas convaincu le législateur de 1994¹⁰⁹². Selon lui « le système de protection des réfugiés politiques a été dénaturé en pratique par un nombre croissant des demandes, en majorité de migrants économiques, [...] pour devenir dans les faits la voie principale de l'immigration irrégulière dans notre pays »¹⁰⁹³. Le législateur opéra un changement du système d'asile sur la base de constat ; d'où l'accélération de la procédure d'asile à la frontière. Cette procédure facilitait l'éloignement des exilés dont la demande était déclarée infondée. Quant au Ministre de l'intérieur il pouvait statuer sommairement et dans des délais très brefs, sans établir clairement les faits. L'expulsion d'un demandeur d'asile ou d'un réfugié potentiel pouvait avoir lieu en combinant le caractère sommaire et expéditif de la procédure avec l'absence d'un recours à effet suspensif¹⁰⁹⁴.

Quinze ans plus tard la communautarisation des politiques en matière de frontières, d'asile et d'immigration¹⁰⁹⁵ entraîna une refonte de la loi sur l'asile en 2009¹⁰⁹⁶ pour transposer trois directives communautaires sur l'asile¹⁰⁹⁷. Ces mesures renforcèrent la loi espagnole dans son versant

¹⁰⁹² Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1994.

¹⁰⁹³ Ley 9/1994, précitée, *Exposición de motivos*, § 9.

¹⁰⁹⁴ La loi du 27 décembre 1956 sur la juridiction contentieuse administrative ne prévoyait aucun recours suspensif (BOE núm. 363 de 28 de diciembre de 1956).

¹⁰⁹⁵ Traité d'Amsterdam, modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, signé le 2 octobre 1997 à Amsterdam, « *C. Protocoles annexés au Traité instituant la Communauté européenne* », p. 103.

¹⁰⁹⁶ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

¹⁰⁹⁷ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, JOUE L 304 du 30.9.2004; Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JOUE L 326/13 du 13.12.2005; Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial JOUE L 251 du 03/10/2003.

procédural par la création de la protection subsidiaire et l'amélioration de certaines garanties juridiques pour les demandeurs d'asile. L'asile était devenu une véritable voie de droit. En revanche ces mesures n'avaient pas placé la règle de non-refoulement au coeur du dispositif sur l'asile puisque l'accélération et l'augmentation des départs vers les côtes espagnoles avaient entraîné le refoulement injustifié et collectifs d'exilés. Le refoulement était une réponse de l'Espagne à la crise migratoire pour devenir un dispositif opérationnel de sécurisation des frontières extérieures.

La gestion extraterritoriale des frontières espagnoles met au défi la règle de non-refoulement en empêchant les personnes de quitter le pays dans lequel elles se trouvent. Cet endiguement est exclusif de la règle de non-refoulement puisque les exilés sont débarqués sans que les gardes civils se soient assurés qu'ils n'encourront aucun danger dès leur prise en charge par les autorités du pays tiers. Cela signifie que le refoulement fait partie du dispositif opérationnel de mise en oeuvre de la stratégie extraterritoriale des frontières de l'Espace Schengen.

Le bon fonctionnement de l'Espace Schengen implique l'alignement de la gestion des frontières des États membres avec le concept de gestion intégrée¹⁰⁹⁸, qui comprend notamment la coopération opérationnelle avec les pays d'origine ou de transit pour l'immigration illégale¹⁰⁹⁹. Elle vise le traitement des causes profondes de la migration irrégulière¹¹⁰⁰ sur la base de mesures d'appui et de renforcement des capacités humaines et matérielles, pour empêcher le franchissement non-autorisé des frontières extérieures. Cela signifie que le droit de l'UE commande aux États de poursuivre sur la voie de l'endiguement tout en respectant la règle de non-refoulement¹¹⁰¹. Or l'État ne peut pas em-

¹⁰⁹⁸ Parlement européen, Rapport, *sur le rapport annuel sur le fonctionnement de l'espace Schengen (2017/2256(INI))*, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures Rapporteur: Carlos Coelho, A8-0160/2018, 3.5.2018, § 31, p. 11.

¹⁰⁹⁹ Cf. Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016, précité, art. 4. f).

¹¹⁰⁰ Cf. Parlement européen, Rapport, précité, § 35.

¹¹⁰¹ Cf. CDFUE, précitée, art. 19; Règlement (UE) 2016/399, art. 4.

pêcher les exilés d'arriver aux frontières européennes en les remettant ou débarquant pas ensuite sur le territoire du pays tiers. Cela confirme que la gestion intégrée des frontières extérieures n'est pas compatible avec la règle de non-refoulement.

Le Code frontières Schengen établit les règles qui s'appliquent aux frontières extérieures par rapport à la menace de l'immigration illégale. En revanche il ne précise pas celles qui devraient relever de l'expulsion des étrangers interceptés dans le cadre d'une opération menée en coopération avec les autorités du pays d'origine ou de transit. Ainsi l'article 4 du code demande aux États de respecter le principe de non-refoulement et les obligations liées à l'accès à la protection internationale¹¹⁰², sans spécifier que la remise et le débarquement injustifié et collectif d'exilés sont interdits. Cette disposition est une limitation juridique permissive par l'intermédiaire de laquelle l'Espagne se place au dessus du droit. Pourtant c'est le droit qui supplante l'État et non l'inverse en vertu du principe de légalité¹¹⁰³. En effet les autorités agissent dans la limite des pouvoirs qui leur ont été conférés par les textes, et respectent le droit procédural comme substantiel¹¹⁰⁴. Partant, l'Etat ne se conforme pas

¹¹⁰² « Lorsqu'ils appliquent le présent règlement, les États membres agissent dans le plein respect des dispositions pertinentes du droit de l'Union, y compris de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée la «charte»), du droit international applicable, dont la convention relative au statut des réfugiés, conclue à Genève le 28 juillet 1951 (ci-après dénommée la «convention de Genève»), des obligations liées à l'accès à la protection internationale, en particulier le principe de non-refoulement, et des droits fondamentaux.

¹¹⁰³ « *L'État est d'abord perçu comme une réponse au besoin d'unité à laquelle aspire la bourgeoisie allemande, et l'État de droit comme le moyen de garantir ses libertés : l'État est assimilé à une personne (le monarque) qui ne peut remplir ses missions qu'au moyen du droit, et dans son respect. Le souverain est limité par le principe de légalité, qui place le droit au-dessus de l'État, et qui le suppose exister objectivement indépendamment de l'État. Or ainsi conçu, l'État de droit est devenu un modèle matériel : il correspond à une revendication (celle que l'État respecte ce droit supérieur), non à une technique qui indiquerait une limitation juridique.* », E. MILLARD (Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense) *État de Droit, Droits de l'Homme, Démocratie : une conjugaison problématique*. C. Gonzales Palacios, T. Rensmann et M. Tirard. *Démocratie et État de Droit, Ambassade de France à Lima*, pp.35-46, 2013. <halshs-00941087> ; Cf. Convention de Vienne sur le droit des traités, précitée, art. 26. *Pacta sunt servanda*; Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), « *Liste des critères de l'état de droit* », précitée, § 47; CJCE, arrêt A. Racke GmbH & Co. contre Hauptzollamt Mainz, 16 juin 1998, aff. n°C-162/96, pt. 49.

¹¹⁰⁴ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), « *Liste des critères de l'état de droit* », Adoptée par la Commission de Venise à sa 106e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016) - Entérinée par les Délégués des Ministres lors de leur 1263e réunion (6-7 septembre 2016) - Entérinée par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe à sa 31e session (19-21 octobre 2016), Étude n° 711 / 2013, Strasbourg, le 18 mars 2016, § 45.

aux exigences de l'article 4 du code frontières Schengen en poursuivant les remises et débarquements injustifiés d'exilés quand les gardes-frontières surveillent les frontières depuis l'extérieur. Cela signifie que le principe de non-refoulement n'est pas un régulateur efficace de l'État dans le droit de l'UE.

2) *L'indispensable contrainte de l'État espagnol*

Le non-refoulement est un principe universel et une « revendication de suprématie »¹¹⁰⁵ sur le système juridique des États. C'est un interdit fondateur du droit international, qui doit être structuré autour d'un ensemble de règles afin de prévenir les risques de refoulement. Elles sont indispensables à sa disponibilité pour la protection des réfugiés¹¹⁰⁶. En Méditerranée le droit n'est pas un modérateur suffisant pour empêcher les remises et débarquements injustifiés d'exilés compte tenu du pouvoir d'initiative et de la marge de manoeuvre des autorités aux frontières extérieures. Cette liberté s'analyse en une anomalie du droit international où la stratégie extraterritoriale des frontières échappe au joug de la règle de non-refoulement, pour ne pas constituer une limite à l'expression de la souveraineté de l'État. Elle n'a pas vocation à s'appliquer.

L'imprécision des textes procède du fait que le droit a été rédigé sans évaluation préalable de la sécurité des frontières par rapport au danger des refoulements d'exilés à l'échelle des opérations de surveillance extraterritoriale. Cette absence d'évaluation fausse la règle de non-refoulement et em-

¹¹⁰⁵ B. QUELQUEJEU (Professeur d'éthique philosophique à l'Institut Catholique de Paris), « De quelle universalité les droits de l'homme relèvent-ils ? », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2011/3 (Tome 95), p. 621. DOI : 10.3917/rspt.953.0619. URL : <https://www.cairn.info/revue-des-sciences-philosophiques-et-theologiques-2011-3-page-619.htm>

¹¹⁰⁶ H. PALLARD (Professeur à l'Université Laurentienne, Sudbury, Canada), « *Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures. Aspects philosophiques des droits fondamentaux* », Bibliothèque de l'Agence universitaire francophone, p. 126.

pêche l'analyse objective des faits. Par exemple l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ne peut pas affirmer dans la Résolution 1821 que les instruments internationaux qui s'appliquent à la surveillance extraterritoriale des frontières énoncent de manière satisfaisante les droits et les obligations des États et des individus, pour ensuite déclarer que les États ne sont pas d'accord sur la nature et l'étendue de leurs responsabilités, et qu'ils remettent également en question l'application du principe de non-refoulement¹¹⁰⁷. Les deux dernières observations sont plutôt la preuve que la règle de non-refoulement est à géométrie variable, et qu'elle n'est pas traitée dans le droit international et espagnol comme un absolu. Au contraire sa modulation révèle un défaut de verticalité du droit international des réfugiés et des droits de l'homme d'une part, un manque d'ascendance sur l'État d'autre part. Cet effacement du principe de non-refoulement dans la réglementation applicable aux frontières extérieures montre que l'universalité cède devant la souveraineté¹¹⁰⁸.

L'absence de contrainte du pouvoir étatique signifie que les seules limitations à l'expression de l'État sont celles qu'il consent lui-même lorsqu'il s'engage avec d'autres¹¹⁰⁹. Pour cette raison la règle de non-refoulement plie devant l'exigence de sécurité si l'État s'autorise à remettre ou débarquer les exilés chez son partenaire. La règle est effective seulement si l'État décide de l'exécuter de bonne foi¹¹¹⁰. Cette contestation du principe de non-refoulement en Espagne illustre une mentalité

¹¹⁰⁷ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1821 (2011) « *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière* », Discussion par l'Assemblée le 21 juin 2011 (22e séance), point 5.1.

¹¹⁰⁸ D. LOCHAK (Professeure émérite de droit public à l'université Paris-Nanterre, ancienne Présidente du GISTI), « *L'universalité des droits de l'homme: évidence ou mystification?* », in *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Presses Universitaires de France, 2010, Paris, p. 181.

¹¹⁰⁹ F. RAMEL (Professeur des universités en Science politique, IEP de Paris), « Durkheim au-delà des circonstances : Retour sur L'Allemagne au-dessus de tout. La mentalité allemande et la guerre », *Revue française de sociologie*, 2004/4 (Vol. 45), p. 739-751. DOI : 10.3917/rfs.454.0739. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-sociologie-1-2004-4-page-739.htm>

¹¹¹⁰ Cf. « *Pacta sunt servanda* », Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 26.

spécifique de l'État¹¹¹¹ où le régalien et la sécurité l'emportent sur le droit et la protection des personnes. Dans cette perspective le comportement sécuritaire de l'Espagne s'explique aisément. Il est sécuritaire parce qu'il vise la sécurité sans les droits de l'homme. Cette rupture libère l'État de ses obligations et expose les exilés au refoulement.

L'Espagne s'exprime par une « manie du vouloir »¹¹¹² sans modération¹¹¹³ dès lors qu'il s'agit de sécurité. Le refoulement des exilés aux frontières extérieures illustre cette absence « du normal »¹¹¹⁴ lorsque l'État rend inconcevable l'universalité du principe de non-refoulement d'une part, rompt avec l'humain ensuite. Il renonce à sa « conscience claire »¹¹¹⁵ qui lui assure le juste équilibre entre la sécurité et la règle de non-refoulement¹¹¹⁶. Ce glissement vers le sécuritaire est un comportement irrationnel¹¹¹⁷ qui neutralise l'humain, et de la gouvernance des frontières. Dans cette perspective l'État espagnol n'est plus un organe de gestion qui se définit par sa rationalité et sa neutralité¹¹¹⁸ lorsqu'il recourt à des pratiques incompatibles avec l'imprescriptible humain.

¹¹¹¹ F. RAMEL (Professeur des universités en Science politique, IEP de Paris), « Durkheim au-delà des circonstances : Retour sur L'Allemagne au-dessus de tout. La mentalité allemande et la guerre », *Revue française de sociologie*, 2004/4 (Vol. 45), p. 741. DOI : 10.3917/rfs.454.0739. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-sociologie-1-2004-4-page-739.htm>

¹¹¹² E. DURKHEIM (sociologue français), *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Presses Universitaires de France. [1895], 1999, p. 84.

¹¹¹³ Cf. F. RAMEL (Professeur des universités en Science politique, IEP de Paris), « Durkheim au-delà des circonstances : Retour sur L'Allemagne au-dessus de tout. La mentalité allemande et la guerre », précitée, p. 746.

¹¹¹⁴ « *La détermination du normal est un préalable à l'action politique.* », Cf. F. RAMEL, précité.

¹¹¹⁵ P. BIRNBAUM (historien, sociologue, Professeur à l'Université Paris 1 et à l'IEP de Paris), *La conception durkheimienne de l'État : l'apolitisme des fonctionnaires*, in *Revue française de sociologie*, 1976, 17-2. À propos de Durkheim. p. 248.

¹¹¹⁶ Cf. CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, § 89.

¹¹¹⁷ « (...) Durkheim persiste (...), quant à lui, à séparer l'État de tout contexte socio-économique pour ne voir en celui-ci qu'un instrument rationnel propre à assurer la réalisation de l'intérêt général : selon lui, en effet, 'pour tenir en échec toutes ces inégalités (...), toutes les injustices qui en résulteraient nécessairement, il faut donc qu'il y ait au-dessus de tous ces groupes secondaires, de toutes ces forces sociales particulières, une force égale (souveraine) plus élevée que toutes les autres et qui, par conséquent, soit capable de les contenir et de prévenir leurs excès. Cette force est celle de l'État' ». P. BIRNBAUM (Historien, sociologue, enseignant à l'Université Paris 1 et à l'Institut d'Études Politiques de Paris), « *La conception durkheimienne de l'État : l'apolitisme des fonctionnaires* » In: *Revue française de sociologie*, 1976, 17-2. À propos de Durkheim., pp. 250 in fine et 251.

¹¹¹⁸ Cf. P. BIRNBAUM, *La conception durkheimienne de l'État : l'apolitisme des fonctionnaires*, précitée, p. 249.

Le droit de coopérer avec ses voisins ne sauraient justifier le recours au refoulement de la part des autorités¹¹¹⁹, pour empêcher le franchissement non-autorisé. Par conséquent la portée universelle de la règle de non-refoulement est illusoire sans un mécanisme de contrainte international pour contrôler la manière dont l'État agit lorsqu'il opère sur le territoire des pays-tiers. C'est par la contrainte que le droit mettra un terme à la rémanence souverainiste de l'État espagnol sur ses frontières.

¹¹¹⁹ Cf. CourEDH, *N.D et N.T c. Espagne*, § 83, lequel renvoie aux jurisprudences *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* précité, § 179, et *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, précité, § 224.

Section 2 Le souverainisme espagnol aux frontières extérieures

Aux frontières le souverainisme espagnol correspond au processus de renforcement des prérogatives de l'État, d'amplification de la rationalité des contrôles¹¹²⁰, sans prise en compte de l'humain. En effet les exilés sont 'persona non grata' car la relation de juridiction qu'ils entretiennent avec l'État espagnol n'existe pas à l'échelle des opérations de surveillance extraterritoriale des frontières. Ils n'ont accès à aucun droit. Par conséquent la sécurité envisagée n'est pas conforme à celle souhaitée par le constituant espagnol puisqu'elle ne permet pas l'exercice libre des droits¹¹²¹. Dans cette perspective la sécurité aux frontières est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi¹¹²² et dénature le contenu essentiel¹¹²³ de la règle de non-refoulement.

Le droit crée l'insécurité juridique en n'interdisant pas expressément les remises et débarquements d'exilés injustifiés d'exilés. Cela contredit également l'idéal constitutionnel de sécurité centrée sur la personne et qui « trouv[e] sa référence de base dans l'être humain, sa dignité, son autonomie et sa liberté »¹¹²⁴.

Cette approche des frontières sans les droits de l'homme implique que le droit individuel de protection est sans effet utile contre les interventions illégitimes de l'État espagnol ; ce qui ne correspond

¹¹²⁰ F. BRUGÈRE (Professeure en philosophie morale et politique, Université Paris VIII), et G. LE BLANC (Professeur en sociologie, Université Pars-Est Créteil), « *La fin de l'hospitalité - L'Europe, terre d'asile?* », Champs essais, Flammarion, 2018, p. 58.

¹¹²¹ Il s'agit de la sécurité citoyenne de l'article 104.1 de la Constitution espagnole selon lequel « *les forces et les corps de sécurité, sous l'autorité du Gouvernement, auront pour mission de protéger le libre exercice des droits et des libertés et de garantir la sécurité des citoyens* ».

¹¹²² E. ROCA TRÍAS (Juge constitutionnel espagnole) et M. A. AHUMADA RUIZ (juriste), « *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española* », XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013, Roma, p. 12, § 2.

¹¹²³ Sur la notion de « contenu essentiel » des droits fondamentaux: STC 11/1981, de 8 de abril, BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981, FJ 8.

¹¹²⁴ R. ARNOLD (Professeur de droit, Université de Regensburg, Allemagne), « L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen », *Revue française de droit constitutionnel* 2014/4 (n° 100), p. 769. DOI 10.3917/rfdc.100.0769; C.-M. HERRERA (Professeur de droit public, Université Cergy-Pontoise), « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'Homme et la Société*, n° 113, juil sept. 1994, *Figures actuelles du capitalisme*, p. 89.

pas aux valeurs de liberté et de justice défendues dans la Constitution¹¹²⁵ (1). Dans cette perspective il n'existe aucune présomption du réfugié à l'échelle des frontières extérieures (2).

1) *Le respect exigé de l'état de droit en Espagne*

Les valeurs constitutionnelles de liberté et de justice structurent les droits fondamentaux et s'imposent aux pouvoirs publics espagnols. Ces derniers doivent agir dans la légalité en faisant preuve de hauteur quant à la question des droits de l'homme car il est de la compétence d'un État d'assurer le respect des droits tels qu'ils sont inscrits dans les normes. Les agissements espagnols et la non-sanction de l'UE empêchent la prééminence du droit¹¹²⁶ ; ce qui est une contradiction manifeste à l'ordre juridique européen et constitutionnel espagnol¹¹²⁷.

La prééminence du droit et la sécurité des rapports juridiques sont les deux référentiels de l'état de droit qui proclame le droit par le droit¹¹²⁸. Bien plus qu'une rhétorique, l'état de droit implique tout par lui-même sans être « l'instrument de qui veut l'instrumentaliser »¹¹²⁹. Il structure l'intégralité du système de protection des droits humains¹¹³⁰ en protégeant des droits concrets et ef-

¹¹²⁵ Cf. Constitution espagnole, précitée, art. 1.1.

¹¹²⁶ « *Le concept d'État de droit, opposé à celui d'État despote, est considéré comme un synonyme de séparation des pouvoirs, de respect des libertés et des droits de l'homme, s'opposant essentiellement à l'arbitraire, l'autoritarisme, à la force* », C.-M. HERRERA (Professeur, de droit public, Université Cergy-Pontoise), « Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit », *L'Homme et la Société*, n° 113, juil-sept. 1994, *Figures actuelles du capitalisme*, p. 89 ; . CHEVALLIER (Professeur de droit public, Université Paris 2 Panthéon Assas), *L'État de droit*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 2003, p. 17.

¹¹²⁷ Cf. Constitution espagnole, précitée, Préambule.

¹¹²⁸ CourEDH, *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, reqs n°78028/01 et 78030/01, § 187.

¹¹²⁹ C. HUSSON-ROCHCONGAR (Maître de Conférences en droit public, Université de Picardie Jules Verne), « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *Civitas Europa* 2016/2 (N° 37), p. 216.

¹¹³⁰ Cf. ConvEDH, art. 1.

fectifs, et non théoriques et illusives¹¹³¹. Il incombe à l'Espagne de se conformer à cette obligation de résultat pour que le droit s'applique aussi aux actes de l'État qui se déroulent à l'extérieur de son territoire, au nom de l'impérialisme des droits de l'homme et qui ne tolère aucune exception en la matière¹¹³².

Le dispositif espagnol de gestion extraterritoriale des frontières n'est pas compatible avec le droit constitutionnel dans la mesure où les actions menées par les autorités espagnoles aux côtés des pays tiers aux frontières extérieures empêchent que la liberté et l'égalité de l'exilé et des groupes auxquels il s'intègre soient réelles et effectives¹¹³³. L'exilé n'est plus sujet de droit¹¹³⁴, alors que l'article 13.1 de la Constitution accorde au groupe des « étrangers » le bénéfice des droits et libertés du Titre I¹¹³⁵ et des garanties juridiques pour les exercer¹¹³⁶. En application du droit constitutionnel l'exilé est un sujet bénéficiaire des droits de l'homme sous la juridiction espagnole.

L'état de droit ne reconnaît aucune justification pour des actes ou des comportements qui enfreignent le principe de non-refoulement. Même si les remises et débarquements immédiats ont un effet dissuasif sur les exilés, les autorités espagnoles ne sont pas autorisées à les remettre ou les débarquer car la dissuasion recherchée dans l'expulsion injustifiée et collective réside précisément dans son aspect inhumain et dégradant selon la jurisprudence *Hirsi Jamaa* de la CourEDH¹¹³⁷. En effet le refoulement ne perd pas son caractère dégradant par cela seul qu'il passe pour constituer un moyen efficace de dissuasion. Au contraire l'expulsion injustifiée et collective d'exilés est réifiante

¹¹³¹ CourEDH, *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, req. n° 6694/74 § 33.

¹¹³² CourEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, req. n°55721/07, Opinion concordante du juge maltais Bonello, § 37.

¹¹³³ Cf Constitution espagnole, art. 9.2.

¹¹³⁴ Cf. F. BRUGÈRE. G. LE BLANC, « *La fin de l'hospitalité - L'Europe, terre d'asile?* », p. 54.

¹¹³⁵ Cf. Constitution espagnole, art. 13.1.

¹¹³⁶ Cf. Constitution espagnole, art. 9.3.

¹¹³⁷ Cf. CourEDH, *Hirsi Jamaa c. Italie*, §§ 134 à 138 (sur la violation de l'article 3 relatif à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants), et 185 à 186 (sur la violation de l'article 4 du Protocole n°4 relatif à l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers).

parce qu'elle ne laisse aucune place à l'individu et à la protection des personnes contre l'asservissement et la dégradation. Par conséquent cette pratique n'est pas admissible, quel que soit son effet dissuasif¹¹³⁸. Les opérations extraterritoriales de surveillance des frontières ne protègent pas du refoulement car les remises et débarquements injustifiés concernent tous les exilés interceptés en mer, qu'ils soient réfugiés ou demandeurs d'asile potentiels, mineurs non-accompagnés ou malades. Ces considérations placent l'Espagne en marge de la prééminence du droit.

L'état de droit constitue à lui seul une norme de référence du droit international et européen des droits de l'homme, qui supprime l'État dans son expression souveraine¹¹³⁹. Il est neutre parce qu'il rationalise le rapport entre le pouvoir et la sécurité sous l'angle de la prééminence du droit. Il constitue un outil de contrôle et de prévention permettant le constat et l'analyse de situations préoccupantes¹¹⁴⁰, et il envisage la souveraineté des États dans le cadre exclusif du droit. L'état de droit renvoie à la prééminence du droit, cette « notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention » qui depuis la jurisprudence *Golder*¹¹⁴¹, forme « l'un des éléments du patrimoine spirituel commun aux États membres du Conseil de l'Europe ». Elle consacre et protège les personnes

¹¹³⁸ CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, req. n° 5856/72, § 31.

¹¹³⁹ Pour la Commission de Venise les caractéristiques essentielles de l'état de droit sont: la légalité, la sécurité juridique, l'interdiction de l'arbitraire, l'accès à la justice, le respect des droits de l'homme, la non-discrimination et l'égalité devant la loi. Cf. « *Liste des critères de l'État de droit de la Commission de Venise* », *Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe*, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Rapport, Rapporteur : P. MAHOUX, Belgique, Groupe Socialiste, § 2.

¹¹⁴⁰ Cf. Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Rapport, Rapporteur : P. MAHOUX, Belgique, Groupe Socialiste, P. MAHOUX, § 4.

¹¹⁴¹ « *Le caractère "sélectif" de la Convention ne saurait prêter à contestation. On peut aussi admettre, avec le gouvernement, que le préambule n'inclut par la prééminence du droit dans l'objet et le but de la Convention, mais la désigne comme l'un des éléments du patrimoine spirituel commun aux États membres du Conseil de l'Europe. La Cour estime pourtant, avec la Commission, que l'on aurait tort de voir dans cette mention un simple "rappel plus ou moins rhétorique", dépourvu d'intérêt pour l'interprète de la Convention. Si les gouvernements signataires ont décidé de "prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle", c'est en raison notamment de leur attachement sincère à la prééminence du droit.* », CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, n°4451/70, §34.

contre les traitements prohibés à l'instar des refoulements d'étrangers dans un pays où ils risquent d'être torturés ou maltraités¹¹⁴², et des expulsions injustifiées et collectives d'étrangers¹¹⁴³.

L'état de droit est la norme de référence pour que l'humain soit pris en compte lorsque l'État décide d'expulser les étrangers à destination d'un pays qui ne protège pas les droits de l'homme, qui persécute ou qui est en guerre. Pour ce faire les exilés doivent avoir accès au juge pour prévenir efficacement les remises et débarquements injustifiés, dont les conséquences sur l'humain sont potentiellement irréversibles¹¹⁴⁴. Partant, l'état de droit implique que les exilés soient d'abord entendus sur les motifs qui militent contre leur renvoi avant de les débarquer, ou de les remettre aux autorités du pays de destination¹¹⁴⁵.

La migration est un défi pour les droits de l'homme parce qu'elle constitue un phénomène humain qui ne trouve pas sa solution dans l'opérationnel. Ce n'est pas l'usage de la force qui permet de rationaliser la migration forcée dans la mesure où ce n'est pas le refoulement qui arrêtera une personne qui fuit les persécutions ou la guerre dans sa quête de refuge. Tant qu'elle n'aura pas été accueillie, la personne sera en exil et tentera sa chance autant de fois que celle-ci se présentera. Partant le droit devrait interdire les pratiques qui consistent à empêcher les personnes de quitter un pays pour fuir les persécutions ou les États qui ne protègent pas les droits de l'homme¹¹⁴⁶.

¹¹⁴² Cf. CourEDH, *Hirsi Jamaa*, § 133; *Chahal*, précité, §§ 104-105, *Jabari*, précité, §§ 40-41; *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 359.

¹¹⁴³ Cf. *Hirsi Jamaa et autres*, précité, § 177, *Sharifi et autres*, précité, § 210, *N.D et N.T.*, § 99.

¹¹⁴⁴ Cf. CourEDH, *Čonka*, précité, § 79.

¹¹⁴⁵ Cf. CourEDH *Hirsi Jamaa*, précité, § 205; *Sharifi et autres*, précité, § 242; *N.D et N.T.*, précité, § 121.

¹¹⁴⁶ CourEDH, *Hirsi Jamaa et autres*, précité, § 179, *Sharifi et autres*, précité, § 224, et *N.D et N.T.*, précité, § 83.

2) La défense de la présomption du réfugié dans l'état de droit

La ConvEDH est l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme¹¹⁴⁷. Elle structure le système judiciaire au sein des États membres du Conseil de l'Europe et renvoie au respect de la prééminence du droit¹¹⁴⁸, grâce auquel toute personne placée sous la juridiction d'un État membre jouit des droits de l'homme¹¹⁴⁹. Elle forme un ordre juridique autonome directement applicable dans les États membres et vise l'efficacité des droits de l'homme pour limiter l'exercice du pouvoir des États. La ConvEDH milite pour une gouvernance des frontières qui protège la dignité humaine¹¹⁵⁰, le droit à la protection dans l'État expulsant¹¹⁵¹, de destination¹¹⁵² ou de transit¹¹⁵³, et les droits procéduraux¹¹⁵⁴. L'ordre public européen conditionne les décisions d'expulsion au respect de l'imprescriptible humain.

Les droits de l'homme régulent l'État dans sa relation avec l'humain parce qu'ils incarnent « la valeur juridique à l'origine d'un monde commun »¹¹⁵⁵. Ils sont à cet égard une caution à la réalisation

¹¹⁴⁷ CourEDH, *Bosphorus c/Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98, § 156.

¹¹⁴⁸ Cf. ConvEDH, précitée, Préambule.

¹¹⁴⁹ Cf. Statut du Conseil de l'Europe, signé à Londres le 5 mai 1949, art. 3; ConvEDH, précitée, art. premier.

¹¹⁵⁰ « 1. Tout étranger objet d'une expulsion est traité avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine tout au long de la procédure d'expulsion. 2. Il a droit au respect de ses droits de l'homme, notamment ceux énoncés dans le présent projet d'articles. », Commission du droit international (C.D.I), « Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers », texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-sixième session, en 2014, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/69/10, para. 44). Le rapport sera reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 2014, vol. II(2). art. 13.

¹¹⁵¹ Il s'agit notamment de l'obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion (art. 16 du projet d'articles de la C.D.I précité), de la prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 17).

¹¹⁵² Il s'agit notamment des conditions liées au départ vers l'État de destination (art. 21 et 22 du projet d'articles de la C.D.I précité), de l'obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie serait menacée (art. 23 et 24)

¹¹⁵³ « L'État de transit protège les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion, conformément à ses obligations en vertu du droit international. », art. 25 du projet d'articles de la C.D.I précité.

¹¹⁵⁴ Cf. CourEDH, *Hirsi Jamaa c. Italie*, §§ 197 à 207.

¹¹⁵⁵ Cf. F. BRUGÈRE. G. LE BLANC, « La fin de l'hospitalité - L'Europe, terre d'asile? », p. 104 et 105.

d'une union plus étroite entre membres du Conseil de l'Europe¹¹⁵⁶, une valeur commune à tous les États membres dans l'UE¹¹⁵⁷ et concernant l'Espagne, les droits de l'homme sont une proclamation de la Nation désireuse d'établir la justice, la liberté et la sécurité¹¹⁵⁸. Ils sont placés au coeur du contrat social¹¹⁵⁹ pour le « faire vivre » en société¹¹⁶⁰ et régente l'État dans son expression souveraine. Aux frontières la politique des droits de l'homme se structure autour de la règle de non-refoulement et commande l'État espagnol d'intercepter, pour secourir, puis accueillir les demandeurs de refuge sur son territoire avant de prendre une quelconque décision à leur rencontre. La combinaison de ces opérations est une condition au respect de la légalité internationale.

En revanche la stratégie extraterritoriale des frontières se fonde sur des engagements sans compromis en matière de droits de l'homme. Pour conduire au refoulement des exilés, elle place l'État en marge de la prééminence du droit. Cela constitue un manquement au droit international puisque l'État engage sa responsabilité sur le terrain des articles 3, 13, et 4 du Protocole n°4 de la ConvEDH en application de la jurisprudence *Hirsi Jamaa*¹¹⁶¹. Les exigences en matière de sécurité doivent être réévaluées au profit d'une approche de la règle de non-refoulement selon laquelle un exilé est un réfugié tant qu'une instance nationale n'a pas statué sur son cas. L'Espagne met en jeu sa responsabilité - pour ainsi dire sa bonne foi - dans la mesure où cette présomption du réfugié milite pour que les expulsions ne soient pas exécutées tant que l'administration et le juge n'ont pas pris de décision à cet effet. Cette présomption protège les personnes contre le refoulement et emporte reconnais-

¹¹⁵⁶ Cf. ConvEDH, précitée, Préambule, considérant n°3.

¹¹⁵⁷ Cf. TUE, précité, art. 2.

¹¹⁵⁸ Cf. Constitution espagnole, précitée, Préambule.

¹¹⁵⁹ « *Trouver une forme d'association par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant.* », J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, L.I, ch.VI; « *Au lieu de détruire l'égalité naturelle, le pacte fondamental substitue, au contraire, une égalité morale et légitime à ce que la nature avait pu mettre d'inégalité physique entre les hommes, et que, pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention et de droit.* », *Du Contrat social*, L.I, ch.IX.

¹¹⁶⁰ « *C'est une nouvelle économie du bio-pouvoir: laisser vivre et laisser mourir plutôt que faire vivre et laisser mourir.* », Cf. F. BRUGÈRE. G. LE BLANC, « *La fin de l'hospitalité - L'Europe, terre d'asile?* », p. 119.

¹¹⁶¹ Cf. CourEDH, *Hirsi Jamaa c. Italie*, précité, § 113 et suivants.

sance du droit fondamental de quitter un pays pour se réfugier ailleurs. En profitant aux droits de la personne, la présomption du réfugié protège l'imprescriptible humain.

Reconnaître la présomption du réfugié équivaut à défendre le droit de chercher refuge dans un autre pays quand il n'existe aucune autre alternative¹¹⁶². Elle implique l'accueil solidaire des exilés, celui qui « n'attend pas les États »¹¹⁶³, car le droit au refuge n'est pas concevable sans un droit à l'accueil. Pour cette raison la présomption du réfugié est la traduction de l'hospitalité. En effet l'accueil est une création solidaire dont l'objectif est de mettre un terme au refoulement et aux créations de routes migratoires parallèles contrôlés par de nouveaux passeurs. Par conséquent le refoulement des boat-people est une pratique insécure qui vulnérabilise les exilés, en les poussant à prendre la route pour le Maroc ou la Libye. En d'autres termes la stratégie extraterritoriale ne fait que projeter la migration sur d'autres frontières extérieures.

La présomption du réfugié est une règle juridique grâce à laquelle l'accueil est une solution adaptée à la crise migratoire en Méditerranée. D'ailleurs une politique d'accueil permettrait d'envisager les migrations sur le long terme, et de manière collective, avec une mobilisation de l'État et des associations de défense des droits de l'homme. Ils contribueraient à la bonne gestion des migrations en définissant ensemble une politique sur l'accueil sans porter préjudice à celles qui relèvent de la lutte contre la traite des êtres humains et le terrorisme. Au contraire c'est par l'accueil des victimes que les autorités lutteront efficacement contre les passeurs, et c'est par l'identification, l'enregistrement et l'accompagnement des personnes accueillies qu'elles préviendront les risques du terrorisme. En globalisant à lui seul les défis auxquels l'État doit faire face aux frontières extérieures, l'accueil rend possible la sécurité et le libre exercice des droits de l'homme.

¹¹⁶² Cf. DUDH, précitée, art. 13.

¹¹⁶³ La Cimade, « *Dedans, dehors: une Europe qui s'enferme* », Rapport d'observation, 3.1, p. 49.

Une politique de l'accueil devrait se substituer à la politique de coopération avec les pays tiers pour que les valeurs européennes de respect de la dignité humaine, de liberté, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme aient un sens concret¹¹⁶⁴. En effet ces valeurs sont illusoire tant que les remises et débarquements d'exilés sur le territoire du pays tiers seront exécutés en tenant simplement compte de la situation générale dans ce pays¹¹⁶⁵. Par conséquent, rien ne garantit que les personnes ne seront pas renvoyées chez l'opresseur qui pratique la peine de mort, la torture, la persécution ou autres peines ou traitements inhumains ou dégradants¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁴ Cf. TUE, précité, art. 2.

¹¹⁶⁵ Cf. Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, précité, art. 4.2.

¹¹⁶⁶ Cf. Règlement (UE) n° 656/2014, précité, art. 4.1.

Conclusion du Titre II

Tant que la réglementation européenne n'obligera pas les États à s'enquérir du sort des personnes avant de les expulser, la gestion extraterritoriale des frontières envisagée en Espagne est incompatible avec le respect des droits de l'homme.

Le refoulement est la conséquence d'un cadre juridique qui n'interdit pas expressément les remises et débarquements injustifiés d'exilés quand les gardes-frontières opèrent dans les eaux. Cela oblige les organisations internationales à interdire les expulsions injustifiées. Ainsi la réglementation relative à la gestion des frontières devrait expressément interdire les remises et débarquements injustifiés, à l'instar des expulsions collectives d'étrangers ou celles à destination d'un État où il existe un risque sérieux qu'ils soient soumis à des traitements prohibés¹¹⁶⁷.

Pour cette raison les exilés devront bénéficier du droit à ce que leur cause soit entendue devant un tribunal et avant l'expulsion, en application de l'article 19 combiné à l'article 47 de la CharteD-FUE¹¹⁶⁸. Partant la protection juridictionnelle doit être accordée aux exilés interceptés en mer par les autorités avant qu'elles décident de les renvoyer. Le juge est l'alternative au refoulement des exilés en Méditerranée.

¹¹⁶⁷ « 1. Les expulsions collectives sont interdites. 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. », CDFUE, art. 19.

¹¹⁶⁸ « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. », CDFUE, art. 47, extrait.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Les politiques relatives à la surveillance des frontières extérieures de l'UE vise la rétention spatiale des exilés et l'endiguement des flux migratoires venus d'Afrique et à destination de l'ELSJ. L'Espagne y contribue en enrayant d'une part les entrées d'exilés à Ceuta et Melilla, et les départs en intervenant au plus près des pays d'origine ou de transit d'autre part. Cette stratégie implique un renforcement du dispositif policier sur un espace territorial étranger en coopération avec les pays tiers. Elle ne tient ni compte du droit de quitter un pays y compris le sien et du principe de non-refoulement. La territorialité de ces deux règles internationales est compromise par l'extraterritorialité des opérations de surveillance des frontières des autorités espagnoles.

L'extraterritorialité fait échec à la territorialité du droit aux frontières espagnoles en exposant les exilés aux expulsions collectives par l'instauration de dispositifs sécuritaires contre le franchissement non-autorisé de la frontière. Le régime d'exception applicable à Ceuta et Melilla y contribue depuis 2015 à la frontière hispano-marocaine à l'instar du partenariat avec les pays tiers à l'ouest de la Méditerranée. L'extraterritorialité normalise la non-prise en charge et la non-reconnaissance des droits fondamentaux reconnus aux exilés relevant de la juridiction espagnole, ce qui est une contradiction portée à l'article premier de la ConvEDH¹¹⁶⁹. Elle pousse aux remises expéditives et collectives d'exilés, en faisant obstacle au domaine de la Convention et à « la garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹¹⁷⁰. Le non-droit est alors un problème de spatialité du droit aux frontières espagnoles puisque les règles internationales et constitutionnelles ne s'appliquent pas, ce qui accroît la coercition policière. Le principe de juridiction est nécessaire pour engager la responsabilité de l'État qui manque à ses obligations, mais demeure insuffisant pour

¹¹⁶⁹ « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention », ConvEDH, précitée, art. premier.

¹¹⁷⁰ CourEDH, *Irlande contre Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 239.

empêcher la violation des droits fondamentaux. La géographie du droit serait ce nouvel outil de conceptualisation des stratégies d'intervention des autorités espagnoles pour le respect des droits fondamentaux aux frontières.

La géographie du droit serait la spatialité du droit pour l'application et l'effectivité des droits fondamentaux par le prisme de la territorialité et non du territoire. C'est ce qu'il manque à ce jour pour limiter le domaine d'intervention des pouvoirs publics espagnols à l'étranger. Elle serait incompatible avec l'effacement de la territorialité des droits fondamentaux pour les besoins d'une situation de fait concrète. L'effet extraterritorial des expulsions à la frontière hispano-marocaine et l'exercice extraterritorial de la juridiction espagnole à l'ouest de la Méditerranée illustrent cette suppression de la territorialité, dans la mesure où les deux règles impératives n'ont pas d'incidence sur la prise en charge des exilés par la police espagnole. Ce constat met en exergue l'incompatibilité de l'extraterritorialité avec le principe de territorialité et la nécessité de réfléchir sur la géographie du droit.

La géographie du droit indexerait les espaces de non-droit pour que l'État applique les droits fondamentaux sans remise en cause de la validité spatiale des instruments de protection pour des motifs d'ordre opérationnel. Elle empêcherait ainsi le législateur espagnol de modifier la territorialité du droit à la frontière hispano-marocaine. Elle serait une règle du droit international des droits de l'homme et serait force de proposition pour l'efficacité et l'effectivité des droits en toute circonstance. Ainsi les accords de partenariat conclus entre l'Espagne et les pays tiers en matière de frontières ne pourraient pas envisager l'intervention des gardes civils au plus près des pays d'origine et de transit sans configurer les opérations de surveillance sous l'angle de la territorialité.

Les juridictions internes comme internationales devraient être actrices de la géographie du droit pour contrôler la conformité des accords sur la gestion des frontières au principe de territorialité et sanctionner le cas échéant le désengagement de l'État à reconnaître aux exilés les droits fon-

damentaux consacrés dans le droit positif. Les associations, le justiciable et l'ombudsman, seraient les parties intervenantes à ce nouveau contentieux qui respecterait la subsidiarité juridictionnelle.

La géographie du droit devrait être défendue par les praticiens qui défendent l'universalité des droits. Elle devrait également intéresser les universitaires pour qu'une nouvelle théorie naisse autour du contentieux des droits de l'homme. L'objectif serait qu'un traité international s'empare de la notion pour être, à terme, opposable aux États dans le cadre de l'UE ou du Conseil de l'Europe. La CJUE et la CourEDH deviendraient deux juridictions incontournables pour l'applicabilité du droit et exclure toute forme d'exposition des exilés au refoulement et à des mauvais traitements prohibés aux frontières. Elle serait un élément essentiel de l'état de droit. En ce sens elle alimenterait le débat dans le monde scientifique et devant les tribunaux.

À Bayonne,
le 31 octobre 2018.

BIBLIOGRAPHIE, TABLE DE JURISPRUDENCE

- I. Ouvrages
 - A) Ouvrages
 - B) Ouvrages collectifs
 - C) Thèses
- II. Articles
- III. Documents de la Commission européenne
- IV. Documents du Conseil de l'Europe
- V. Documents du UNHCR
- VI. Traités, Conventions et Législations
 - A) Au niveau international
 - B) Au niveau européen
 - C) Au niveau de l'UE
 - D) Au niveau espagnol
- VII. Jurisprudences
 - A) Cour internationale de justice
 - B) Cour européenne des droits de l'homme
 - C) Cour de justice de l'Union européenne
 - D) Juridictions espagnoles

I. Ouvrages

A) Ouvrages

ALLAND D. et TEITGEN-COLLY C., *Traité du droit de l'asile*, Coll. Droit Fondamental, PUF, Paris, 2002, 693p.

Amnesty International, *Réfugiés : Un scandale planétaire – 10 propositions pour sortir de l'impasse*, Éditions Autrement, Paris, 2012, 203p.

BELDA B., *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté. Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 745p.

BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 4e édition, Coll. Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 2004, 374p.

BLUMANN C., *L'Union européenne et les crises*, (dir.)- Bruylant, 2015 (35.3/10.084)

BOUTEILLET-PAQUET D., *L'Europe et le droit d'asile*, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 2001, 396p.

BRANKAS T., *Boundaries revisited : a conceptual turn in European border practices*, Logos verlag, 2015 (24.1/10.087)

CARBONNIER J., « *L'hypothèse du non-droit* », Archives de philosophie du droit, Sirey, Paris, 1963.

CARBONNIER J., « *Flexible droit* », Paris, LGDJ, 10ème éd., 2001.

CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 2004.

CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Coll. Méthodes du droit, Dalloz, Paris, 2014, 429p.

CHERUBINI F., *Asylum law in the European Union*, Routledge, Londres-New York, 2015, 290p.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 10e édition, PUF, Paris, 2014, 1099p.

COSTA J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Dalloz, Paris, 2013, 268p.

CRÉPEAU F., *Droit d'asile : de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruylant, Bruxelles, 1995, 424p.

DONY M., *Droit de l'Union européenne*, 3e édition revue et augmentée, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008, 762p.

DURKHEIM E., *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Presses Universitaires de France. [1895], 1999

FAVOREU L., *Droits des libertés fondamentales*, 7ème édition, Dalloz.

FERGUSON SIDORENKO O., *The Common European Asylum System. Background, Current State of Affairs, Future Direction*, T.M.C. Asser Press, La Haye, 2007, 241p.

FERNANDEZ DE CASADEVANTE C., *La lucha contra la tortura. Aspectos de derecho internacional y de derecho interno español*, Oñati, Espagne, 1991, 172p.

GOGUEL F., « *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux* », Cours constitutionnelles et droits fondamentaux, Aix-Marseille, Economica, 1982.

GOODWIN-GILL G. S. et McADAM J., *The Refugee in International Law*, 3e édition, Oxford University Press, Oxford, 2007, 848p.

GOUDAPPEL F. et RAULUS H., *The future of asylum in the European Union. Problems, proposals and human rights*, TMC Asser Press, La Haye, 2011, 216p.

GREAR A., *Redirecting human rights : Facing the challenge of corporate legal humanity*, Coll. Global Ethics, Palgrave Macmillan, 2010, 290p.

HAMMARBERG T., *Droits de l'homme en Europe : la complaisance n'a pas sa place*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2011, 412p.

HURWITZ A., *The collective responsibility of States to protect refugees*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 350p.

JAEGER G. A., *L'immigration. Un état des lieux à repenser. Faut-il avoir peur de l'avenir ?*, Groupe Eyrolles, Paris, 2016, 198p.

KELSEN H., « *Théorie pure du droit* », (trad. Ch. EISENMANN), Paris, Dalloz, 1962.

LOCHAK D., *Étrangers : de quel droit ?*, PUF, Paris, 1985, 256p.

LOCHAK D., *L'universalité des droits de l'homme: évidence ou mystification?*, in *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Presses Universitaires de France, 2010, Paris.

MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 6e édition, Dalloz, Paris, 2012, 200p.

NÉRAUDAU E., *Ordre public et droit des étrangers en Europe. La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 791p.

PASCOUAT Y., *La politique migratoire de l'Union européenne : de Schengen à Lisbonne*, LGDJ, Paris, 2010, 744p.

REIDY A., *L'interdiction de la torture – Guide sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme n° 6, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, 46p.

SALMON J., « *Dictionnaire de droit international public* », Bruylant / Agence universitaire de la Francophonie, Bruxelles, 2001.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12e édition refondue, Coll. Droit fondamental, PUF, Paris, 2015, 967p.

STUART MILL J., *Considérations sur le gouvernement représentatif*, 1861, trad. Patrick Savidan, Paris, Gallimard, 2009.

VALLUY J., *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit d'asile*, Coll. Terra, Éditions du croquant, Bellecombe-en-Bauges, 2009, 382p.

B) Ouvrages collectifs

BRUGÈRE F. et LE BLANC G., « *La fin de l'hospitalité - L'Europe, terre d'asile?* », Champs essais, Flammarion, 2018.

CALOZ-TSCHOPP M.-C. et DASEN P. (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : un nouveau paradigme pour la recherche et la citoyenneté*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 782p.

CARLIER J.-Y. (dir.), *Qu'est-ce qu'un réfugié ? Étude de jurisprudence comparée*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 859p.

- CARLIER J.-Y. et DE SCHUTTER O. (dir.), *La Charte des droits fondamentaux dans l'Union européenne – Son apport à la protection des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, 304p.
- CHETAİL V. (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après : Bilan et Perspectives*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 456p.
- FELLER E., TÜRK V. et NICHOLSON F., *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, Bruxelles, 2008, 835p.
- FERRER LLORET J. et SANZ CABALLERO S. (eds.), *Protección de personas y grupos vulnerables – Especial referencia al derecho internacional y europeo*, Coll. Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 413p.
- GUILD E. et MINDERHOUD P. (ed.), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, 485p.
- LABAYLE H., « *La politique extérieure de l'Union européenne en matière de Justice et d'affaires intérieures : chimère ou réalité ?* », in *Mélanges en l'honneur de JC Gautron*, Pedone, 2004.
- MAES M., FOBLETS M.-C. et DE BRUYCKER P. (dir.), *Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 596p.
- MILLET DEVALLE A.-S. (dir.), *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*. Actes de colloque organisé à Nice les 17 et 18 juin 2010, Pedone, Paris, 2010, 290p.
- MOLE N. et MEREDITH C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2010, 283p.
- ROCA TRÍAS E., AHUMADA RUIZ M. A., *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional español*, XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013, Roma.
- TELO M. et MAGNETTE P. (dir.), *De Maastricht à Amsterdam. L'Europe et son nouveau traité*, Coll. *Études européennes*, Éditions complexes, Bruxelles, 1998, 276p.
- TINIÈRE R. et C VIAL. (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruylant, Bruxelles, 2015, 416p.
- TOURNEPICHE A.-M. (dir.), *La protection internationale et européenne des réfugiés. La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés à l'épreuve du temps*, Coll. *Droits européens*, Pedone, Paris, 2014, 176p.

C) Thèses

LEBON L., *La territorialité et l'Union européenne: approches de droit public*, thèse de doctorat en droit public, Université de Bordeaux, présentée le 5 juillet 2013.

TOSO F., *La dimension extérieure de la politique migratoire de l'UE*, thèse de doctorat en droit public, Université de Strasbourg, présentée le 27 mai 2013.

CLOCHARD O., *Le jeu des frontières dans l'accès au statut de réfugié - Une géographie des politiques européennes d'asile et d'immigration*, thèse de doctorat en géographie, Université de Poitiers, présentée le 8 juin 2007.

LACHAL D., *La protection internationale des personnes vulnérables déplacées*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris-Sud XI, présentée le 3 décembre 2014.

II. Articles

ACOSTA SANCHEZ M., A. DEL VALLE GALVEZ, *La crisis de los cayucos. La Agencia europea de fronteras Frontex y el control marítimo de la inmigración clandestina*, 4. Ideas finales, *Tiempo de Paz*, n°83, Invierno 2006.

ALIX N., C. AGOSTINI, C. GAMET et G. GASPARI, *L'existence d'un ordre public corporel*, *RDH*, 8 | 2015.

ALONSO GARCÍA E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

ANDREU-GUZMAN F., *Impunidad et droit international: Quelques réflexions historico-juridiques sur la lutte contre l'impunité*, *Mouvements*, 53,(1).

APARICIO PÉREZ M., *La cláusula interpretativa del art. 10. 2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales*, in *Jueces para la democracia*, 1133-0627, n°6, 1989.

ARNOLD R., *L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen*, Revue française de droit constitutionnel 2014/4 (n° 100).

BARBERIS J., *Les liens juridiques entre l'État et son territoire : perspectives théoriques et évolution du droit international*, in *Annuaire français de droit international*, volume 45, 1999.

BARRAUD B., *L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie synchrétique*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, 2013.

BIRNBAUM P., *La conception durkheimienne de l'État : l'apolitisme des fonctionnaires*, in *Revue française de sociologie*, 1976.

BOUSTA R. « *Droit des étrangers : mais à quoi sert le droit à une bonne administration ?* », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 12 | 2017.

BUCHER A., *l'ordre public et le but social des lois*, RCADI, Tome 239, 1993.

CHAMPEIL-DESPLATS V., *L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations? Quelles conséquences?*, Les Cahiers français : documents d'actualité, La Documentation Française, 2010.

DELMAS-MARTYLE M., *L'internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ?*, *Esprit*, 2012/11 (Novembre).

FABRE-ALIBERT V., *Sur la notion de 'société démocratique' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1998.

FLORY M., *Le couple État-territoire en droit international contemporain*, *L'international sans territoire*, Cultures & Conflit 21-22 (printemps-été 1996).

FLÜCKIGER A., *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21 Dossier : La normativité - janvier 2007.

GROUSSOT X., L. PECH, *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Question d'Europe, n°173, 14 juin 2010.

GROUX J., '*Territorialité*' et droit communautaire, RTDE, janvier-mars 1987.

HART H. L., *Le concept de droit* (1961), trad. M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2006.

HERRERA C.-M., *Quelques remarques à propos de la notion d'État de droit, L'Homme et la Société*, n° 113, juil sept. 1994.

HERVIEU N., *Appréhension conventionnelle inédite de la pratique d'interception et de refoulement des groupes de réfugiés en haute mer*, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 février 2012.

HUET V., *L'autonomie constitutionnelle de l'État : déclin ou renouveau ?*, *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 73, n°1, 2008.

KARAGIANNIS S., *Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'Homme : 'Vaetera et Nova'*, RTDH, 2005, n° 61.

KOHEN M-G., *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Graduate Institute Publications, 1 sept. 2014.

LAMBERT E., *Safe third country in the European Union: an evolving concept in international law and implications for the UK*, *Journal of I migration, Asylum and Nationality Law*, 26(4), 2012.

MARÍN LÓPEZ A., *Orden jurídico internacional y Constitución española*, *Revista de Derecho Politico*, núm. 45 (1999).

MAYER P., *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, RCDIP 1979.

MOUTOUH H., « *La dignité de l'homme en droit* », RDP, 1999.

NAGY I., *Est-ce que l'Union européenne devrait avoir le pouvoir de forcer les États membres à respecter les droits de l'homme? Analyse prospective relative à l'application de la CDFUE aux États membres*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 2017, n° 2.

PASCOUAT Y., *L'espace Schengen face aux crises : la tentation des frontières*, *Questions d'Europe* n° 392, 17 mai 2016, Fondation Robert Schuman.

PICHERAL C., « *L'œuvre de la Cour de justice dans la politique européenne d'asile et d'immigration* », *Revue de l'Union européenne*, 2011.

QUELQUEJEU B., *De quelle universalité les droits de l'homme relèvent-ils ?*, *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2011/3 (Tome 95).

RAMEL F., *Durkheim au-delà des circonstances : Retour sur L'Allemagne au-dessus de tout. La mentalité allemande et la guerre*, *Revue française de sociologie*, 2004/4 (Vol. 45), p. 739-751.

RAUX C., *La politique d'asile de l'Union européenne dans le viseur de la Cour européenne des droits de l'homme*, *RTDH*, 2011.

SAIZ ARNAIZ A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SAMPSON R. et MITCHELL G., *Global trends in immigration detention and alternatives to detention : practical, political and symbolic rationales*, *Journal on Migration and Human Security* 2013.

VALERA SUANZES-CARPEGNA J., *La dimension européenne de la Constitution espagnole*, in *Historia Constitucional*, n. 14, 2013.

III. Documents de la Commission européenne

- Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la gestion de l'entrée gérée dans l'Union européenne de personnes ayant besoin d'une protection internationale et sur le renforcement des capacités de protection des régions d'origine, Améliorer l'accès à des solutions durables, Bruxelles, 4 juin 2004, COM(2004) 410 final.
- Communication de la Commission au Conseil - Renforcer la gestion de la frontière maritime méridionale de l'Union européenne, Bruxelles, 30 novembre 2006, COM(2006) 733 final.
- Commission staff working document - Accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - An Integrated Maritime Policy for the European Union, Brussels, 10 octobre 2007, SEC(2007) 1278.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Examen de la création d'un système européen de surveillance des frontières (EUROSUR), Bruxelles, 13 février 2008, COM(2008) 68 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Plan d'action en matière d'asile – Une approche intégrée de la protection au niveau de l'Union », Bruxelles, 17 juin 2008, COM(2008)360 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, et au Conseil, au Comité économique et sociale européen et au Comité des régions, un agenda européen en matière de migration, Bruxelles, 13 mai 2015, COM (2015) 240 final.
- Recommandation de la Commission concernant un programme européen de réinstallation, C(2015)3560, 8 juin 2015.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Un corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et une gestion efficace des frontières extérieures de l'Europe, Strasbourg, 15 décembre 2015, COM(2015) 673 final.
- Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or stateless person (recast), Brussels, 4 mai 2015, COM(2016)270 final.

- Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the European Union Agency for asylum and repealing Regulation (UE) n° 439/2010, Brussels, 4 mai 2016, COM(2016) 271 final.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, Fourth report on relocation and resettlement, Brussels, 15 juin 2016, COM(2016)416 final.
- Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), Brussels, 13 juillet 2016, COM(2016)465 final.
- Report from the Commission to the European Parliament, the European council and the Council, on the operationalisation of the European Border and Coast Guard, Brussels, 25 janvier 2017 COM(2017) 42 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, La protection des enfants migrants, Bruxelles, 12 avril 2017, COM(2017) 211 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, et au Conseil, Rapport d'avancement sur la mise en oeuvre de l'agenda européen en matière de migration, Bruxelles, 16 mai 2018, COM(2018) 301 final.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, et au Conseil, Rapport d'avancement sur la mise en œuvre de l'agenda européen en matière de migration, Bruxelles, 14 mars 2018, COM(2018) 250 final.
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 767/2008, Regulation (EC) No 810/2009, Regulation (EU) 2017/2226, Regulation (EU) 2016/399, Regulation XX/2018 [Interoperability Regulation], and Decision 2004/512/EC and repealing Council Decision 2008/633/JHA, Brussels, 16.5.2018 COM(2018) 302 final.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la création d'un réseau européen d'officiers de liaison «Immigration» (refonte), Bruxelles, 16 mai 2018 COM(2018) 303 final.
- Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) no 862/2007 du Parlement européen et du Conseil relatif aux statistiques communautaires sur la migration et la protection internationale, Bruxelles, 16 mai 2018 COM(2018) 307 final.

IV. Documents du Conseil de l'Europe

- Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, Recommandation 293(1961), «Droit d'asile », 26 septembre 1961.
- Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, Recommandation 434(1965), « Application du droit d'asile aux réfugiés européens », 1er octobre 1965.
- Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, « Compte rendu des débats, 40^{ème} session ordinaire, 3-8 octobre 1988 », Tome II.
- Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, Recommandation 1088(1988), « Droit d'asile territorial », 7 octobre 1988.
- Recommandation 1277(1995) du Comité des Ministres relative aux migrants, aux minorités ethniques et aux médias, 30 juin 1995.
- Conseil de l'Europe, « Vingt principes directeurs sur le retour forcé », septembre 2005. Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, «L'image des demandeurs d'asile, des migrants et des réfugiés véhiculée par les médias » doc. 11011, 10 juillet 2006.
- Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, « La réinstallation des réfugiés : promouvoir une plus grande solidarité », Doc. 13460, 21 mars 2014.

V. Documents du UNHCR

- UNHCR, « Détention des réfugiés et des personnes en quête d'asile », ExComm n° 44 (XXX-VII), 13 octobre 1986.
- UNHCR, « Background Note on the safe country concept and refugee status », EC/SCP/68, 26 juillet 1991.
- UNHCR, « Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/P/FRE/REV.1, 1979 réédité en janvier 1992.

- UNHCR, « Detention of asylum seekers and refugees : the framework, the problem and recommended practice », EC/49/SC/CRP13, 4 juin 1999.
- UNHCHR, « Protocole d'Istanbul. Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants », Genève, 1999.
- UNHCR, « Principes directeurs sur la protection internationale. « La possibilité de fuite ou de réinstallation interne » dans le cadre de l'application de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/GIP/03/04, 23 juillet 2003.
- UNHCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Application de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés aux victimes de traite et aux personnes risquant d'être victimes de la traite », HCR/GIP/06/07, 7 avril 2006.
- UNHCR, « Response to the European Commission's Green Paper on the Future Common European Asylum System », septembre 2007.
- UNHCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : L'appartenance à un certain groupe social dans le cadre de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/GIP/02/02 Rev.1, 8 juillet 2008.
- UNHCR, « Note d'orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre », novembre 2008.
- UNHCR, « Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention », 2012.
- CRÉPEAU F., « Report of the U.N. Special Rapporteur on the human rights of migrants », A/HRC/20/24, avril 2012.

VI. Législations

A) Au niveau international

- Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948.

- Convention de Genève relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951.
- Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969.
- Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965.
- Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial, UN doc. A/6716, 1967.
- Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, 18 décembre 1979.
- Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984.
- Convention des Nations Unies des droits de l'enfant, 20 novembre 1989.
- Convention des Nations Unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 18 décembre 1990.
- Convention internationale sur la recherche et le sauvetage maritimes, 27 avril 1979.
- Convention sur la protection internationale des adultes, La Haye, 13 janvier 2000.
- Convention sur le droit de la mer, 10 décembre 1982.
- Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, 15 décembre 2000.
- Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000.
- Statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, Résolution no 428 (V) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1950.

B) Au niveau européen

- Convention européenne des droits de l'homme, 4 novembre 1950.
- Convention européenne du Conseil de l'Europe relative au statut juridique du travailleur migrant, 24 novembre 1977.
- Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 26 novembre 1987.
- Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, 1^{er} février 1995.
- Charte sociale européenne (révisée), STE n° 163, 3 mai 1996.
- Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, 16 mai 2005.
- Résolution 1821 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 21 juin 2011.

C) Au niveau de l'UE

- Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne (non publié au JOCE).
- Acte unique européen, 28 février 1986, JOCE L 169, 29 juin 1987, p. 1.
Traité de Maastricht du 7 février 1992 sur l'Union européenne, JOCE C 191, 29 juillet 1992, p1.
- Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, JOCE 340, 11 novembre 1997, p.1.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE C 364, 18 décembre 2000, p. 1.
- Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007. Versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE C 326, 26 décembre 2012, p. 4.

- Programme de Stockholm, « Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens », JOUE C 115, 4 mai 2010, p. 1.
- Position commune du 4 mars 1996 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'application harmonisée de la définition du terme « réfugié » au sens de l'article 1er de la Convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, JOCE L 63, 13 mars 1996, p. 2.
- Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE L 180, 19 juillet 2000, p. 22.
- Directive 2001/51/CE du Conseil du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, JOCE L 187, 10 juillet 2001, p. 45.
- Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JOCE L 212, 7 août 2001, p. 12.
- Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JOCE L 31, 6 février 2003, p. 18.
- Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JOUE L 304, 30 septembre 2004, p. 12.
- Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JOUE L 349, 25 novembre 2004, p. 1.

- Directive 2005/85/CE du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d’octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JOUE L 326, 13 décembre 2005, p. 13.
- Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, JO L 105, 13 avril 2006, p. 1–32.
- Règlement (UE) n° 1168/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil portant création d’une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l’Union européenne, JOUE L 304, 22 novembre 2011, p. 1.
- Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d’une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), JOUE L 337, 20 décembre 2011, p. 9.
- Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l’octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), JOUE L 180, 29 juin 2013, p. 60.
- Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l’accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte), JOUE L 180, 29 juin 2013, p. 96.
- Règlement (UE) n° 1053/2013 du Conseil du 7 octobre 2013 portant création d’un mécanisme d’évaluation et de contrôle destiné à vérifier l’application de l’acquis de Schengen et abrogeant la décision du comité exécutif du 16 septembre 1998 concernant la création d’une commission permanente d’évaluation et d’application de Schengen, JO L 295, 6 novembre 2013, p. 27–37.
- Règlement (UE) n° 1052/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 portant création du système européen de surveillance des frontières, JOUE L 295, 6 novembre 2013, p. 11.

- Règlement (UE) n° 656/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant des règles pour la surveillance des frontières maritimes extérieures dans le cadre de la coopération opérationnelle coordonnée par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JOUE L 189, 27 juin 2014, p. 93.
- Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, JOUE L 239, 15 septembre 2015, p. 146.
- Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, JOUE L 248, 24 septembre 2015, p. 80.
- Règlement (UE) 2016/399 du Parlement et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, JOUE L L 77/1, 23 mars 2016, p. 1–52.
- Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, JO L 251, 16 septembre 2016, p. 1–76.
- Règlement (UE) 2017/2226 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres et portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives, et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les règlements (CE) no 767/2008 et (UE) no 1077/2011, JO L 327, 9 décembre 2017, p. 20–82.

D) Au niveau espagnol

- Constitution espagnole, approuvée par les Cortès réunies en séances plénières du Congrès des Députés et du Sénat célébrées, le 31 octobre 1978, Ratifiée par le peuple espagnol, par le référendum du 6 décembre 1978.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.
- Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.
- Orden PRE/1803/2011, de 30 de junio, por la que se establece el importe de las tasas por tramitación de autorizaciones administrativas, solicitudes de visados en frontera y documentos de identidad en materia de inmigración y extranjería.
- Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.
- Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.
- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

VII. Jurisprudences

A) Cour Internationale de Justice

- CIJ, Affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou), arrêté des 20 et 27 novembre 1950, Volume II, Procédure orale.- Documents.- Correspondances, Annexe aux procès-verbaux, 1. *Plaidoirie de Monsieur le Professeur J.M. YEPES (Agent du Gouvernement de la Colombie)*.
- CIJ, Affaire des ressortissants américains au Maroc, France c. États-Unis d'Amérique, 27 Août 1952, Rec. 176.
- CIJ, 26 avril 1988, avis, *Obligation d'arbitrage selon l'Accord de 1947 relatif au siège de l'ONU*, Rec.1988.
- CIJ, 20 juillet 1989, arrêt, *Elettronica Sicula*, Rec. 1989, 51, 74.
- CIJ, 3 févr. 1994, arrêt, *Différend territorial Libye/Tchad*, Rec. 1994, p.37; Voir également *Temple de Préah Vihear*, CIJ, Rec. 1962, p. 34; *Plateau continental de la mer Egée*, CIJ, Rec. 1978, p. 36.

B) Cour européenne des droits de l'homme

- CourEDH, G.C., 7 décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, n° 5493/72.
- CourEDH, G.C., 18 janvier 1978, *Irlande contre Royaume-Uni*, n° 5310/71.
- CourEDH, G.C., 28 mai 1985, *Abdulazziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81.
- CourEDH, G.C., 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, n° 14038/88.
- CourEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres contre Suède*, n° 15576/89.
- CourEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres contre Royaume-Uni*, n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87.

- CourEDH, 27 août 1992, Tomasi contre France, n° 12850/87.
- CourEDH, 13 juillet 1995, Nasri contre France, n° 19465/92.
- CourEDH, 18 décembre 1996, Aksoy contre Turquie, n° 21987/93.
- CourEDH, 29 avril 1997, H.L.R. contre France, n° 24573/94.
- CourEDH, 2 mai 1997, D. contre Royaume-Uni, n° 30240/96.
- CourEDH, 23 septembre 1998, A. contre Royaume-Uni, n° 25599/94.
- CourEDH, G.C., 28 juillet 1999, Selmouni contre France, n° 25803/94.
- CourEDH, G.C., 26 octobre 2000, Kudla contre Pologne, n° 30210/96.
- CourEDH, G.C., 10 mai 2001, Chypre contre Turquie, n° 25781/94.
- CourEDH, 5 février 2002, Conka contre Belgique, n° 51564/99.
- CourEDH, 26 février 2002, H.M. contre Suisse, n° 39187/98.
- CourEDH, G.C., 8 juillet 2004, Ilascu et autres contre Moldova et Russie, n° 48787/99.
- CourEDH, 12 avril 2005, Chamaiev et autres contre Géorgie et Russie, n° 36378/02.
- CourEDH, G.C., 29 janvier 2008, Saadi contre Royaume-Uni, n° 13229/03.
- CourEDH, G.C., 28 février 2008, Saadi contre Italie, n° 37201/06.
- CourEDH, 17 juillet 2008, N.A. contre Royaume-Uni, n° 25904/07.
- CourEDH, G.C., 21 janvier 2011, M.S.S. contre Belgique et Grèce, n° 30696/09.
- CourEDH, 5 avril 2011, Rahimi contre Grèce, n° 8687/09.
- CourEDH, 19 janvier 2012, Popov contre France, n° 39472/07 et 39474/07.
- CourEDH, 2 février 2012, I.M. contre France, n° 9152/09.
- CourEDH, G.C., 23 février 2012, Hirsi Jamaa et autres contre Italie, n° 27765/09.

- CourEDH, 10 octobre 2013, K.K. contre France, n° 18913/11.
- CourEDH, 22 avril 2014, A.C. et autres contre Espagne, n° 6528/11.
- CourEDH, 26 juin 2014, M.E. contre Suède, n° 71398/12.
- CourEDH, 10 juillet 2014, Mugenzi contre France, n° 52701/09.
- CourEDH, 21 octobre 2014, Sharifi et autres contre Italie et Grèce, n° 16643/09.
- CourEDH, G.C., 4 novembre 2014, Tarakhel contre Suisse, n° 29217/09
- CourEDH, 1er septembre 2015, Khlaifia et autres contre Italie, n° 16483/12.
- CourEDH, 14 juin 2016, Stepanian contre Roumanie, n° 60103/11.
- CourEDH, 21 juin 2016, G. contre Russie, n° 42526/07.
- CourEDH, 12 juillet 2016, A.B. et autres contre France, n° 11593/12.
- CourEDH, 12 juillet 2016, A.M. et autres contre France, n° 24587/12.
- CourEDH, 12 juillet 2016, R.C. et V.C. contre France, n° 76491/14.
- CourEDH, 12 juillet 2016, R.K. et autres contre France, n° 68264/14.
- CourEDH, 12 juillet 2016, R.M. et autres contre France, n° 33201/11.
- CourEDH, 7 octobre 2017, N.D et N.T contre Espagne, n° 8675/15 et 8697/15.

C) Cour de justice de l'Union européenne

- CJUE, 5 mars 1996, aff. jointes C-46/93 et C-48/93 *Brasserie du pêcheur SA contre Bundesrepublik Deutschland et The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, ECLI:EU:C:1996:79.
- CJUE, 4 juillet 2000, aff. C-352/98 P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil c. Commission*, ECLI:EU:C:2000:361.

- CJUE, 9 juin 2005, aff. C-287/02, *Espagne/Commission*, ECLI:EU:C:2005:368.
- CJCE, G.C., 16 juin 2005, Pupino, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386.
- CJUE, 27 février 2007, aff. C-355/04 P, *Segi e.a./Conseil*, ECLI:EU:C:2007:116
- CJCE, 13 décembre 2007, Commission contre Irlande, C-418/04, ECLI:EU:C:2007:780.
- CJCE, 11 juillet 2008, Rinau, C-195/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:406.
- CJCE, G.C., 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission, C-402/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.
- CJUE, Gde Ch., 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG.*, Aff. C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21
- CJUE, G.C., 17 juin 2010, Bolbol, C-31/09, ECLI:EU:C:2010:351.
- CJUE, 28 avril 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, ECLI:EU:C:2011:268.
- CJUE, 28 juillet 2011, Samba Diouf, C-69/10, ECLI:EU:C:2011:524.
- CJUE, 21 décembre 2011, X. et Y., C-507/10, ECLI:EU:C:2011:873.
- CJUE, 10 avril 2012, Vo, C-83/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:202.
- CJUE, 14 juin 2012, ANAFE, C-606/10, ECLI:EU:C:2012:348
- CJUE, 27 septembre 2012, Cimade et Gisti, C-179/11, ECLI:EU:C:2012:594.
- CJUE, G.C., 6 novembre 2012, K., C-245/11, ECLI:EU:C:2012:685.
- CJUE, 22 novembre 2012, M.M., C-277/11, ECLI:EU:C:2012:744.
- CJUE, Mohamad Zakaria, 17 janvier 2013, C-23/12, ECLI:EU:C:2013:24
- CJUE, G.C., 17 juillet 2014, Pham, C-474/13, ECLI:EU:C:2014:2096.
- CJUE, G.C., 2 décembre 2014, A., B. et C., aff. jointes C-148/13 à C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406.

- CJUE, G.C., 18 décembre 2014, Adhésion de l'Union européenne à la CEDH, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.
- CJUE, 1er octobre 2015, Skerdjan Celaj, C-290/14, ECLI:EU:C:2015:640.

D) Juridictions espagnoles

1. Tribunal constitutionnel

- STC 11/1981, de 8 de abril, BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981.
- STC 33/1982, de 8 de junio, BOE núm. 153, de 28 de junio de 1982.
- STC 109/1987, de 29 de junio, BOE núm. 163, de 09 de julio de 1987.
- STC 46/1990, de 15 de marzo (Pleno), núms. 573/1988 y 1591/1989, BOE de 9 de abril de 1990.
- STC nº 28/1991, de 14 de febrero, BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1991.
- STC 64/1991, de 22 de marzo, BOE núm. 98, de 24 de d'abril de 1991.
- STC 71/1993, de 1 de marzo, BOE núm. 78 de 01 de Abril de 1993.
- STC 325/1994, de 12 de diciembre, BOE núm. 15, de 18 de diciembre de 1995,
- STC 130/1995, de 11 de septembre, BOE núm. 246, de 14 de octubre de 1995.

2. Tribunal suprême

- STS nº16132/1991, 13 de junio de 1991
- STS 582/2007, 25 de Mayo de 2007.
- STS 582/2007, 21 de Junio de 2007.
- STS 8/2008, 4 de Marzo de 2010.
- STS 1026/2009, 16 de Octubre de 2009.

- STS 1784/2014, 08 de Mayo de 2015.

3. Juge ordinaire

- Audiencia provincial de Málaga, Sección nº7 de Melilla, Auto nº83/15, Resolución 83/2015, 7 de abril 2015.
- Audiencia Nacional, Sentencia nº 63/2017, Sala de lo Contencioso, Sección 4, Rec 106/2016 de 25 de Enero de 2017.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres et les nombres renvoient aux pages de la thèse.

-A-

Accords : 20 ; 78 ; 178 ; 187 à 189 ; 193 à 194 ; 197 à 199 ; 201 à 202 ; 218 ; 228 à 229 ; 264 ; 267 ; 296 à 297 ; 300 ; 320 ; 331 ; 334 ; 349 ; 351 à 352 ; 374 ; 399

Agence : 28 ; 44 ; 49 ; 165 ; 170 à 179 ; 195 ; 215 à 216 ; 240 ; 242 ; 246 ; 248 ; 252 ; 255 ; 265 à 280.

Audience nationale : 87 ; 88.

Audience provinciale : 150 ; 152 ; 334.

Asile : 22 ; 25 ; 34 à 36 ; 44 à 48 ; 53 ; 57 ; 60 ; 64 ; 66 à 70 ; 76 à 89 ; 94 ; 96 ; 105 ; 122 à 123 ; 132 ; 138 à 139 ; 151 ; 161 ; 163 ; 169 ; 174 ; 190 ; 201 ; 212 à 213 ; 215 ; 218 ; 235 ; 237 ; 248 à 249 ; 256 à 257 ; 260 à 262 ; 265 ; 277 ; 291 ; 302 ; 309 ; 313 ; 316 ; 323 ; 325 à 327 ; 329 ; 336 à 349 ; 351 ; 353 à 354 ; 356 à 357 ; 372 ; 376 à 379 ; 388.

Atteintes graves : 37 ; 171 ; 219.

-B-

Barrières : 94 ; 127 ; 144 ; 145 ; 210 ; 224 ; 318.

Blindage frontalier : 70 ; 91 à 92 ; 94 à 95 ; 97 ; 99 ; 100 à 102 ; 104 ; 108 ; 111 ; 337 à 338

Bonne foi : 119 à 120 ; 122 ; 125 ; 232 ; 234 ; 372 ; 385 ; 393

-C-

Canaries (îles) : 17 ; 23 à 24 ; 26 à 27 ; 37 ; 50 ; 58 ; 190 à 191 ; 196 ; 225 ; 258 ; 280 ; 287.

Ceuta : 23 ; 24 ; 26 ; 30 à 31 ; 37 ; 45 à 46 ; 58 ; 67 ; 70 ; 73 à 75 ; 83 ; 92 ; 95 ; 98 à 99 ; 100 à 113 ; 115 ; 127 ; 130 ; 132 à 133 ; 135 ; 138 à 139 ; 141 à 142 ; 144 ; 146 à 148 ; 151 ; 153 ; 190 ; 225 ; 288 ; 302 à 305 ; 308 ; 311 ; 318 à 319 ; 339 ; 351 ; 396.

Convention de Genève : 19 ; 31 ; 34 ; 36 ; 47 ; 57 ; 78 ; 85 ; 87 ; 100 à 101 ; 103 ; 118 ; 169 à 170 ; 190 ; 202 ; 219 ; 230 ; 241 à 242 ; 244 ; 247 ; 257 à 258 ; 261 à 262 ; 269 ; 271 ; 302 à 303 ; 309 ; 323 ; 326 à 327 ; 356 ; 363 à 364 ; 368 ; 376 à 377.

Coopération : 51 ; 52 ; 162 à 164 ; 167 à 168 ; 170 ; 176 à 177 ; 180 ; 185 ; 187 ; 189 ; 191 ; 193 ; 195 ; 202 ; 204 ; 206 ; 209 ; 211 ; 214 à 216 ; 223 ; 228 à 230 ; 231 à 232 ; 237 ; 242 à 243 ; 247 à 250 ; 254 à 256 ; 275 ; 284 ; 288 à 289 ; 299 ; 304 ; 309 ; 347 ; 350 ; 359 ; 365 ; 371 à 373 ; 379 à 380 ; 393 ; 396.

Cour de justice de l'Union européenne : 160 ; 168 ; 172 ; 173 ; 178 ; 321 ; 342 à 343 ; 346 ; 352 à 355 ; 398.

Cour européenne des droits de l'homme : 53 ; 95 ; 98 ; 103 ; 111 à 112 ; 154 ; 169 ; 236 ; 238 ; 275 ; 278 à 279 ; 282 ; 294 ; 299 à 300 ; 321 ; 323 ; 329 ; 331 à 333 ; 348 ; 353 ; 365 à 366 ; 368 ; 371 ; 387.

-D-

Dignité : 34 ; 76 à 77 ; 81 à 82 ; 121 ; 123 ; 137 ; 191 ; 231 ; 257 ; 283 ; 349 ; 354 ; 385 ; 390 ; 393.

Dispositif : 21 ; 32 ; 45 ; 70 ; 85 ; 92 à 93 ; 102 à 103 ; 149 ; 150 ; 152 ; 237 ; 319 ; 349 ; 359 ; 364 à 365 ; 371 à 372 ; 376 à 377 ; 379 ; 387 ; 396.

DUDH : 121 ; 230 ; 258 à 259 ; 262 ; 269 ; 278 ; 294 ; 313.

-E-

Enclaves : 36 ; 42 ; 91 ; 106 ; 108 ; 126 ; 140 ; 301 ; 306 à 308 ; 310 ; 318 ; 332.

État de droit : 76 ; 99 ; 104 ; 111 ; 122 ; 141 ; 152 ; 154 ; 159 ; 172 ; 200 ; 231 ; 320 ; 388 à 391 ; 395 ; 400

Expulsion : 20 à 23 ; 42 à 43 ; 46 ; 48 ; 51 à 53 ; 66 ; 68 ; 71 à 72 ; 75 ; 81 ; 96 ; 98 ; 100 à 106 ; 109 à 111 ; 123 ; 134 à 135 ; 141 ; 149 ; 154 ; 163 ; 189 ; 244 ; 259 ; 263 ; 269 ; 277 ; 295 ; 299 ; 303 à 304 ; 306 ; 308 à 309 ; 310 à 313 ; 316 ; 321 ; 330 à 332 ; 334 ; 336 à 341 ; 342 ; 344 ; 346 ; 349 à 350 ; 352 à 359 ; 361 ; 366 ; 371 à 372 ; 376 ; 378 ; 380 ; 386 à 391 ; 394 ; 396 à 397.

Extraterritorialité : 39 ; 49 ; 50 à 52 ; 54 ; 222 à 226 ; 239 ; 358 à 359 ; 371 à 372 ; 396 à 397.

-F-

Flux migratoires : 21 ; 27 ; 29 ; 30 ; 59 ; 75 ; 129 ; 156 ; 158 ; 160 ; 164 ; 175 ; 180 ; 195 ; 211 ; 214 à 215 ; 220 ; 228 ; 235 ; 237 à 238 ; 290 ; 348 ; 366 ; 370 ; 377 ; 398

Frontex : 165 ; 190 ; 267 ; 272.

-G-

Garanties juridiques : 72 à 73 ; 77 ; 97 à 98 ; 102 ; 314 ; 326 ; 377 ; 386.

Garde civile : 17 à 19 ; 23 ; 25 à 26 ; 30 ; 34 ; 37 ; 44 ; 48 à 49 ; 50 à 51 ; 53 ; 59 ; 61 ; 63 à 70 ; 72 ; 75 ; 81 ; 91 ; 94 à 96 ; 100 ; 102 ; 104 à 105 ; 107 ; 111 ; 116 ; 125 ; 130 ; 136 à 137 ; 141 à 146 ; 148 à 153 ; 190 ; 194 à 195 ; 202 ; 218 ; 223 ; 225 à 230 ; 232 ; 235 ; 239 ; 242 ; 252 ; 259 ; 263 ; 278 ; 282 à 283 ; 284 ; 286 à 291 ; 293 à 294 ; 298 à 299 ; 302 ; 306 à 308 ; 310 ; 319 ; 324 ; 327 ; 329 ; 332 ; 334 à 336 ; 338 à 339 ; 341 ; 349 à 351 ; 353 à 355 ; 372 ; 376.

Géographie : 115 ; 397 à 398.

-H-

Hirsi Jamaa contre Italie : 42 ; 53 ; 295 ; 331 ; 336 ; 389 ; 393

-I-

Iles Canaries : voir Canaries.

Imprescriptibilité (recherche avec le mot imprescriptible) : 64 ; 386 ; 392 ; 394

Impunité : 106 à 107 ; 109 ; 110 à 111 ; 125 ; 158 ; 185 ; 277 ; 327

-J-

Juge : 36 ; 42 ; 44 ; 53 ; 67 à 68 ; 73 ; 79 ; 80 ; 83 à 84 ; 86 à 87 ; 88 ; 90 ; 95 à 97 ; 101 à 106 ; 108 ; 111 ; 118 ; 121 à 124 ; 134 ; 145 ; 147 à 148 ; 150 à 153 ; 160 ; 168 ; 172 ; 178 ; 200 ; 218 ; 231 ; 272 à 275 ; 280 ; 291 ; 299 ; 315 à 317 ; 322 ; 324 à 326 ; 328 ; 330 ; 332 ; 334 à 335 ; 343 ; 352 à 358 ; 362 ; 368 ; 370 ; 391 ; 393 ; 396

Juridicité : 362 à 365 ; 367 ; 369 ; 370 à 373

Jurisdiction : 18 ; 20 ; 38 à 39 ; 44 à 46 ; 49 à 51 ; 53 ; 99 ; 101 ; 112 ; 114 à 115 ; 126 ; 128 ; 134 ; 144 à 145 ; 201 ; 223 ; 225 ; 259 ; 282 à 284 ; 286 à 287 ; 289 à 301 ; 307 ; 311 ; 321 ; 324 ; 331 à 332 ; 335 à 338 ; 355 ; 358 ; 367 ; 387 ; 389 ; 392 ; 398 à 400

-M-

Mali : 93 ; 183 ; 186 ; 190 ; 192 ; 194 ; 215 ; 219 ; 285.

Maroc : 23 ; 26 ; 29 ; 37 à 38 ; 46 ; 50 ; 53 ; 69 ; 71 à 72 ; 75 ; 81 ; 85 ; 87 ; 92 à 93 ; 95 ; 97 à 100 ; 102 ; 108 ; 110 ; 114 à 116 ; 127 ; 132 ; 151 ; 154 ; 171 ; 187 ; 189 à 190 ; 283 ; 302 à 303 ; 307 à 311 ; 313 à 319 ; 332 ; 334 ; 336 à 337 ; 375 ; 392.

Mauritanie : 18 à 19 ; 20 à 21 ; 34 ; 37 à 38 ; 50 ; 53 ; 171 ; 187 ; 190 à 191 ; 195 ; 198 ; 215 à 216 ; 254 ; 257 à 261 ; 270 ; 285 ; 287 ; 291 à 292 ; 336 ; 355 ; 357 ; 371.

Melilla : 23 ; 24 ; 26 ; 30 à 31 ; 37 ; 45 à 46 ; 58 ; 67 ; 70 ; 73 à 75 ; 83 ; 92 ; 95 ; 98 à 99 ; 100 à 113 ; 115 ; 127 ; 130 ; 132 à 133 ; 135 ; 138 à 139 ; 141 à 142 ; 144 ; 146 à 148 ; 151 ; 153 ; 190 ; 225 ; 288 ; 302 à 305 ; 308 ; 311 ; 318 à 319 ; 339 ; 351 ; 396.

Mineurs non-accompagnés : 26 ; 31 ; 38 ; 376 ; 388.

Méditerranée : 17 ; 21 ; 23 à 24 ; 26 ; 29 ; 31 à 32 ; 39 ; 44 ; 60 ; 177 ; 187 ; 190 ; 195 ; 224 ; 238 ; 240 ; 248 ; 265 ; 283 ; 300 ; 359 ; 360 ; 362 ; 372 ; 381 ; 386 ; 392 ; 394 ; 396 à 397.

-N-

N.D et N.T contre Espagne : 53 ; 98 ; 331 à 332 ; 334 ; 336 ; 340 ; 342 ; 349 ; 351 ; 373

Niger : 53 ; 181 ; 186 ; 210 ; 215 à 216 ; 219 ; 285 ; 372.

Nigéria : 216.

Non-refoulement : 19 ; 21 ; 31 ; 36 à 37 ; 46 à 47 ; 52 à 53 ; 60 à 61 ; 67 ; 70 ; 78 à 79 ; 81 ; 83 ; 85 ; 87 ; 99 à 101 ; 106 à 107 ; 109 ; 123 à 125 ; 129 ; 160 ; 171 ; 173 à 174 ; 179 ; 185 ; 191 ; 197 ; 201 ; 204 ; 208 ; 211 à 213 ; 219 à 220 ; 223 ; 225 ; 229 ; 241 à 244 ; 248 à 250 ; 252 ; 255 à 257 ; 260 à 261 ; 265 ; 269 ; 283 ; 288 ; 304 ; 319 à 320 ; 324 ; 332 ; 342 ; 345 ; 350 ; 355 ; 359 à 374 ; 376 à 378 ; 381 à 389 ; 393 ; 398

-P-

Pays tiers : 20 ; 26 à 27 ; 29 ; 31 ; 50 à 53 ; 58 ; 107 à 108 ; 159 ; 161 à 165 ; 170 à 172 ; 175 ; 181 ; 185 ; 187 ; 189 ; 191 ; 192 ; 201 ; 205 ; 209 ; 213 à 214 ; 220 ; 224 ; 225 à 228 ; 230 ; 237 ; 241 à 243 ; 246 à 253 ; 255 ; 263 ; 266 à 267 ; 270 ; 275 ; 278 à 280 ; 283 à 284 ; 286 ; 291 ; 293 à

294 ; 299 à 300 ; 307 ; 320 ; 323 ; 329 ; 341 à 342 ; 344 ; 249 à 351 ; 353 ; 358 à 360 ; 364 à 366 ; 371 ; 373 à 374 ; 379 à 380 ; 387 ; 393 ; 396.

Parcours migratoire : 22 ; 218 ; 230 ; 310 ; 319

Persécutions : 19 à 20 ; 31 ; 34 ; 53 ; 76 ; 86 ; 158 ; 181 ; 185 ; 228 ; 230 ; 241 ; 243 ; 256 à 257 ; 260 ; 277 ; 294 ; 302 ; 359 ; 360 ; 373 ; 374 ; 376 ; 389 ; 393.

Protection internationale : 34 ; 37 ; 45 à 47 ; 80 ; 101 ; 109 ; 123 ; 130 ; 132 ; 136 ; 138 ; 159 ; 167 ; 186 ; 202 ; 212 ; 236 ; 245 ; 249 ; 323 à 325 ; 327 ; 331 ; 344 ; 349 ; 373 ; 380.

-R-

Recours effectif : 98 à 99 ; 103 ; 111 à 112 ; 265 à 266 ; 272 à 275 ; 280 ; 295 ; 328 à 329 ; 339 ; 357 ; 365 à 366.

Réparation : 42 ; 109 ; 174 ; 273 ; 321 à 322 ; 358

Responsabilité internationale : 41 ; 50 ; 52 à 54 ; 106 à 109 ; 144 ; 149 ; 152 à 153 ; 173 à 174 ; 198 ; 203 ; 216 ; 218 ; 225 ; 250 ; 258 ; 270 ; 281 à 283 ; 294 ; 301 ; 301 ; 319 ; 324 ; 330 ; 346 ; 348 ; 356 à 357 ; 365 ; 382 ; 391 ; 397.

-S-

Sauvetage : 28 ; 245 ; 291 ; 295 ; 296 ; 330.

Sénégal : 30 ; 182 à 183 ; 186 ; 194 à 195 ; 288

-T-

Territorialité : 38 à 45 ; 48 ; 51 ; 54 ; 60 ; 90 ; 101 ; 104 ; 133 ; 156 ; 158 à 159 ; 204 ; 220 ; 319 ; 396 à 398.

Traitements inhumains et dégradants : 18 ; 20 ; 22 ; 34 ; 46 ; 52 ; 61 et 62 ; 81 ; 97 ; 106 à 107 ; 149 ; 154 ; 223 ; 236 ; 265 ; 278 ; 283 ; 295 ; 303 ; 310 ; 314 ; 352 ; 354 ; 358 ; 376.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	7
ABRÉVIATIONS ET ACRONYMES	11
SOMMAIRE	15
INTRODUCTION GÉNÉRALE	17
Paragraphe 1 : Sur le rapport entre la sécurité et les droits fondamentaux	19
a) La frontière et la sécurité	23
1) La sécurité de la frontière méridionale dans le droit espagnol	25
2) La sécurité des frontières dans le droit de l'UE	27
b) La frontière et les droits fondamentaux	32
1) Sur la notion de droit fondamental en droit constitutionnel	33
2) Sur la protection européenne des droits fondamentaux	36
Paragraphe 2 : La dilution du domaine de validité spatiale des droits fondamentaux dans le contexte des frontières	39
a) Territorialité et droits fondamentaux	40
1) Le principe de territorialité	41
2) L'évaluation du champ spatial d'application des droits fondamentaux dans le contexte des frontières	45
b) Extraterritorialité et droits fondamentaux	49
1) Extraterritorialité et sécurité des frontières	50
2) Extraterritorialité et respect des droits de l'homme	52
PREMIÈRE PARTIE - TERRITORIALITÉ ET FRONTIÈRES : UNE FRAGILISATION DES DROITS FONDAMENTAUX	56
TITRE 1 - L'ASSISE ESPAGNOLE DE LA SÉCURITÉ ET DES DROITS FONDAMENTAUX	59
CHAPITRE 1 - LA CONCILIATION ESPAGNOLE DE LA SÉCURITÉ ET DES DROITS FONDAMENTAUX	61
SECTION 1 - SUR LEUR MISE EN CONCURRENCE	63
Paragraphe 1 : La sécurité un concept ambivalent	65

A. La protection de la sécurité aux frontières	66
1) Un domaine réserve à l'empire de la loi	66
2) Un domaine sous contrôle exclusif de la Garde civile	68
B. L'instrumentalisation de la sécurité	71
1) L'exclusion des exilés du système de protection et d'accès aux droits	71
2) Une police des frontières altérée par l'objectif de lutte contre la migration irrégulière	73
Paragraphe 2 : Le droit d'asile aux frontières espagnoles	76
A. Le droit d'asile, un droit infra-constitutionnel	78
1) L'absence de fundamentalité formelle du droit d'asile	78
2) La fundamentalité substantielle avérée du droit d'asile	80
B. L'incertitude du droit d'asile dans le contexte des frontières	85
1) Le relativisme du dispositif de l'asile à la frontière	85
2) Le droit d'asile, un droit vidé de sa substance	87
SECTION 2 - SUR LEUR DIFFÉRENCIATION	90
Paragraphe 1 : La gestion policière de la frontière espagnole méridionale	91
A. La politique du blindage frontalier	92
1) Le contexte	92
2) En pratique	95
B. Les dérogations impérieuses portées au système de l'asile à Ceuta et Melilla	100
Paragraphe 2 : L'office du juge contre la fragmentation de la territorialité des droits fondamentaux des exilés à la frontière sud de l'Espagne	104
A. Le refoulement des exilés : une contrainte illégitime	105
1) Une pratique légale mais illégitime	105
2) Un basculement vers l'impunité	106
B. Un régime d'exception favorisant l'impunité à Ceuta et Melilla	109
1) La normalisation institutionnelle de la violation au droit des réfugiés	109

2) Un vide juridique poussant à l'impunité	111
CHAPITRE 2 - LA CONCILIATION DE LA SÉCURITÉ ET DES DROITS FONDAMENTAUX EN DROIT INTERNATIONAL	113
SECTION 1 - L'APPROCHE CONVENTIONNELLE DU DOMAINE DE VALIDITÉ DE L'ORDRE JURIDIQUE ESPAGNOL A LA FRONTIÈRE HISPANO-MAROCAINE	115
Paragraphe 1 : La place du Traité dans le contentieux des frontières	117
A. La primauté formelle du droit supranational dans les missions aux frontières	118
1) L'obligation d'exécution des traités en droit international	119
2) L'obligation d'exécution du traité en droit de l'UE	122
B. L'effectivité formelle du droit supranational des les missions aux frontières	125
Paragraphe 2 : Le revirement législatif du domaine de validité conventionnelle de l'ordre juridique espagnol à la frontière hispano-marocaine	130
A. Un usage autoritaire de la loi à des fins de protection de la sécurité à la frontière hispano-marocaine	131
B. La nouvelle délimitation opérationnelle de la frontière hispano-marocaine	141
SECTION 2 - LE REJET DE SUPERVISION DU DOMAINE DE VALIDITÉ DE L'ORDRE JURIDIQUE ESPAGNOL A LA FRONTIÈRE HISPANO-MAROCAINE PAR LE JUGE ORDINAIRE	145
Conclusion du Titre 1	156
TITRE 2 - L'ASSISE EUROPÉENNE DE LA SÉCURITÉ ET DES DROITS FONDAMENTAUX	158
CHAPITRE 1 - L'ALTÉRATION PROGRESSIVE DE LA TERRITORIALITÉ DU DROIT PAR LA PROJECTION EXTÉRIEURE DES FRONTIÈRES ESPAGNOLES DANS LE CADRE DE L'UE	159
SECTION 1 - L'ACTION EXTÉRIEURE DE L'UE EN MATIÈRE DE FRONTIÈRES	161
Paragraphe 1 : Les carences systémiques de la dimension extérieure de l'ELSJ en matière de frontières	162
A. L'instrumentalisation du partenariat avec les États tiers	163
B. Le manque d'efficacité des droits fondamentaux	169

Paragraphe 2 : Les carences opérationnelles de la dimension extérieure de l'ELSJ en matière de frontières	175
A. L'action limitée de l'Agence	176
B. Le caractère in conventionnel de la coopération avec les États tiers	180
SECTION 2 L'ACTION EXTÉRIEURE DE L'ESPAGNE EN MATIÈRE DE FRONTIÈRES	187
Paragraphe 1 : Sa formalisation	188
A. La pratique des accords internationaux administratifs	189
B. La pratique des accords internationaux non normatifs	194
Paragraphe 2 : Son imprécision	197
A. Sur la forme	198
B. Sur le fond	201
CHAPITRE 2 -L'EFFACEMENT PROGRESSIF DE LA TERRITORIALITÉ DU DROIT PAR LA STRATEGIE DE DÉLOCALISATION DES FRONTIÈRES	204
SECTION 1 - LES FONDEMENTS DE LA DÉLOCALISATION DES CONTRÔLES AUX FRONTIÈRES	205
Paragraphe 1 : Une stratégie régionale de lutte contre la migration irrégulière	206
A. Une réponse politique	206
B. Un enjeu financier	209
Paragraphe 2 : Une stratégie régionale difficilement conciliable avec le principe de non-refoulement	212
A. L'ignorance du principe de non-refoulement	212
B. La protection résiduelle des réfugiés	214
SECTION UNIQUE - LE DANGER DE LA DÉLOCALISATION DES CONTROLES AUX FRONTIÈRES	218
Conclusion de la Partie 1	220

PARTIE 2 - EXTRATERRITORIALITÉ ET FRONTIÈRES : UNE MENACE AUX DROITS FONDAMENTAUX	222
TITRE 1 L'EXTRATERRITORIALITÉ COMME STRATÉGIE DES POLITIQUES RELATIVES AUX CONTRÔLES AUX FRONTIÈRES	225
CHAPITRE 1 - UNE STRATÉGIE CONTRE LES DROITS FONDAMENTAUX	226
SECTION 1 - FONDEMENTS DE L’AFFIRMATION	227
Paragraphe 1 : Le caractère policier de la coopération opérationnelle avec les Pays tiers	228
Paragraphe 2 : Une entrave au droit fondamental de quitter un pays y compris le sien.	233
SECTION 2 - LES CONSÉQUENCES DE L’AFFIRMATION	239
Paragraphe 1 : Le refoulement direct	240
A. La fragilisation de l’interdiction de non-refoulement	241
B. Une pratique illégale mais ancrée	253
Paragraphe 2 : Le caractère relatif du droit à recours effectif pour revendiquer le refoulement	264
A. L’inefficacité du mécanisme de plainte devant l’Agence	265
B. Son insuffisance face à la nature irréversible des dommages causés par le refoulement	271
CHAPITRE 2 UNE STRATÉGIE IMPUTABLE A L’ESPAGNE	281
SECTION 1 - SUR L’ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L’ÉTAT ESPAGNOL	282
Paragraphe 1 : Sur l’exercice extraterritorial de la juridiction espagnole	283
A. Par la Garde civile opérant à l’étranger	284
B. Par le contrôle exclusif et continu exercé par la Garde civile sur les exilés	289
Paragraphe 2 : Sur l’extension extraterritoriale de la responsabilité de l’Espagne	302
A. Le refoulement des exilés depuis le territoire national comme fait générateur de responsabilité	302
B. L’irréversibilité des dommages causés sur le territoire marocain comme faits imputables à l’Espagne	309
SECTION 2 SUR LE REDRESSEMENT APPROPRIÉ	321

Paragraphe 1 : L'efficacité de la CourEDH	323
A. Les obstacles à la saisine du juge de l'amparo judiciaire	323
B. La portée de la jurisprudence N.D et N.T contre Espagne du 3 octobre 2017	330
Paragraphe 2 : Le potentiel de la CJUE	342
A. Sur la mise en oeuvre certaine du droit de l'UE dans l'exercice extraterritorial des pouvoirs de police aux frontières	343
B. La nécessité d'une procédure type 'référé' pour faire valoir des griefs tenant au noyau dur de la CDFUE	352
Conclusion TITRE 1	358
TITRE 2 INCOMPATIBILITÉ DE L'EXTRATERRITORIALITÉ AVEC LA RÈGLE DE NON-REFOULEMENT	360
CHAPITRE 1 - UN PROBLÈME DU DROIT INTERNATIONAL	361
SECTION - 1 LA FAIBLE JURIDICITÉ DU PRINCIPE DE NON-REFOULEMENT : UN MOTIF DU NON-DROIT	362
1) Les critères de juridicité du principe de non-refoulement en droit espagnol	363
2) Le calcul de la juridicité du principe de non-refoulement dans le droit espagnol	368
SECTION 2 - LA FAIBLE JURIDICITÉ DU PRINCIPE DE NON-REFOULEMENT : UNE RAISON AU NON-DROIT	371
1) Une brèche ouverte au non-droit	371
2) Une souscription européenne au non-droit.	373
CHAPITRE 2 UN ENJEU IDÉOLOGIQUE	376
SECTION 1 - LE PRINCIPE DE NON-REFOULEMENT CONFRONTÉE A LA TRADITION SÉCURITAIRE ESPAGNOLE	377
1) Le défaut d'absorption du principe de non-refoulement par le droit espagnol	378
2) L'indispensable contrainte de l'État espagnol	382
SECTION 2 - LE SOUVERAINISME ESPAGNOL AUX FRONTIÈRES EXTÉRIEURES	386
1) Le respect exigé de l'état de droit en Espagne	387

2) La défense de la présomption du réfugié dans l'état de droit	391
Conclusion Titre II	395
CONCLUSION GÉNÉRALE	397
BIBLIOGRAPHIE, TABLE DE JURISPRUDENCE	401
I. Ouvrages	402
A) Ouvrages	402
B) Ouvrages collectifs	404
C) Thèses	406
II. Articles	406
III. Documents de la Commission européenne	410
IV. Documents du Conseil de l'Europe	412
V. Documents du UNHCR	412
VI. Législations	414
A) Au niveau international	414
B) Au niveau européen	415
C) Au niveau de l'UE	415
D) Au niveau espagnol	419
VII. Jurisprudences	420
A) Cour Internationale de Justice	420
B) Cour européenne des droits de l'homme	420
C) Cour de justice de l'Union européenne	422
D) Juridictions espagnoles	424
1. Tribunal constitutionnel	424
2. Tribunal suprême	424
3. Juge ordinaire	425
INDEX ALPHABÉTIQUE	426
TABLE DES MATIÈRES	430